

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANGELICA FURQUIM

**A CRIANÇA REFUGIADA DESACOMPANHADA OU SEPARADA: NON-
REFOULEMENT, MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A INVERSÃO DO
CARÁTER PROTETIVO NA PRÁTICA BRASILEIRA**

CURITIBA
2016

ANGELICA FURQUIM

**A CRIANÇA REFUGIADA DESACOMPANHADA OU SEPARADA: NON-
REFOULEMENT, MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A INVERSÃO DO
CARÁTER PROTETIVO NA PRÁTICA BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná como requisito
parcial para a conclusão da graduação.

Orientador: Prof. Dr. **José Antônio Peres Gediel**

Co-orientadora: Prof^a Dr^a **Melissa Martins
Casagrande**

CURITIBA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

ANGELICA FURQUIM

A CRIANÇA REFUGIADA DESACOMPANHADA OU SEPARADA: NON-REFOULEMENT, MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A INVERSÃO DO CARÁTER PROTETIVO NA PRÁTICA BRASILEIRA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professor Orientador

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Departamento de Direito Civil e Processo Civil
Universidade Federal do Paraná

Professora Co-orientadora

Profª Drª Melissa Martins Casagrande
Pós-Doutoranda
Programa de Pós-Graduação em Direito
Universidade Federal do Paraná

Membros da Banca

Profª Drª Larissa Liz Odreski Ramina
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Profª Drª Tatyana Scheila Friedrich
Departamento de Direito Privado
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 22 de novembro de 2016

a

التَّيَسُّوَاتِش

AGRADECIMENTOS

Angelicus, do qual deriva Angélica, traduz-se naquele que se assemelha aos anjos, angelical. Minha trajetória, entretanto, impõe propor um novo – e certo – significado ao nome: Angelica é *guiada por* anjos. Anjos esses que agora agradeço.

Infinita é a minha gratidão àqueles sem os quais eu nada seria: Cheng Tsu Yun Furquim e Máximo Furquim Júnior, meus pais. Agradeço pelo carinho – a seu modo –, companheirismo, dedicação, apoio e amor incondicionais. A vocês, meus exemplos, para sempre agradecerei.

Ao Henrique Budni, companheiro desta vida e das próximas, de turma, NPJ, estágio e extensão, por existir e com paciência me compreender, apoiar e estar ao meu lado, como companheiro, amigo e confidente.

Agradeço aos meus familiares felinos, em especial ao meu gato Sméagol, por me acompanhar, noites adentro, em leituras, estudos e na construção deste trabalho.

Agradeço às amigas que o ensino médio me trouxe e não mais tirará: Estela Ribeiro Kuntz, Gabriela de Araújo, Renata Naoko Correa, Cristiane Luz, Amanda Gabrielly Mattos, Cristiane Sater e Heloísa Selzler.

Aos irmãos que a natureza não me deu, mas sobre os quais a vida se encarregou de encontrar: Gilmar Kaminski Junior e Thiago Peruscello. Ao Gilmar, agradeço, em especial, por me ensinar, instigar, acalmar, se fazer presente em todos os momentos da minha trajetória e ser para mim, não só anjo, como também herói.

Anjos também são aqueles que em meio a aridez do Direito, trouxeram, ao logo de cinco anos, carinho, sorrisos, companheirismo e apoio. Amigos e amigas hoje e para toda a vida: Aline Alves Lins de Albuquerque, Isabella Schmidt Boldorini, Otávio Augusto Weinhardt e Pedro Pompeo Pistelli Ferreira. Ao Otávio, em especial, que neste ano tão difícil, ante tantas inquietações, sempre de bom humor, muito me ajudou e se mostrou presente, atencioso e paciente – por certo, um anjo.

No âmbito da Faculdade de Direito, agradeço, ainda, à Lina Tieco Doi pela atenção e apoio nas horas mais alarmantes dos dois últimos anos.

Agradeço aos amigos e amigas integrantes do Projeto Migração, Refúgio e Hospitalidades, que, nas segundas, terças e quartas-feiras, comigo estão nos atendimentos a migrantes, refugiados, postulantes de refúgio e visto humanitário. São eles/elas, em especial: Gabriel Percegon, Isabela

Furtado, Juliana Marques, Juliana Scacciota, Leandro Teixeira, Pia Reyes, Maria Eduarda Dell'Avanzi, Naomi Hashimoto, Raquel Carvalho e Valéria Bubniak.

Agradeço aos migrantes que passam pela sala 28 e nos dão a lição diária de que há sempre forças e esperança para lutar.

Em uma linha tênue que divide a academia da prática jurídica, agradeço ao Guilherme Santander pelo apoio e orientações neste ano tão agitado.

Na prática jurídica, no âmbito da Procuradoria da República, expresso a minha gratidão àqueles que, ao longo de quase dois anos, tanto me ensinam. Meu muito obrigada aos queridos João Vicente Beraldo Romão, Daniela Almeida, Madjer Tarbine e Lúcio Henrique Mafra Magalhães. À Eloíse Faucz, por comigo compartilhar de esperanças, sorrisos e inquietações.

Aos mestres, Giancarlo Yamamura Bardelli e Ivan Jesus Júnior, serei eternamente grata. Vocês me deram as ferramentas para a vida que segue e me ensinaram a escrever.

Aos brilhantes professores e professoras da Faculdade de Direito da UFPR, em especial àquelas que me cativaram intensamente ao longo desses cinco anos: Ana Carla Harmatiuk, Danielle Annoni, Katya Kozicki, Larissa Ramina, Melina Girardi Fachin e Tatyana Friedrich.

Agradeço a iniciativa do anjo que me propôs, no ano de 2015, a construção de um certo artigo. Assim conheci aquela que me inspira, orienta, ensina e compreende: Melissa Martins Casagrande. Em meio às turbulências dos anos de 2015 e 2016, você encontrou tempo e espaço para me orientar, e o fez com dedicação.

Do mesmo modo, agradeço ao professor José Antônio Peres Gediél – por quem tenho a mais profunda admiração – pela cordialidade e paciência com que me orientou. Sua devoção à hospitalidade será sempre para mim fonte de inspiração.

Finalmente, à Faculdade de Direito da UFPR, por me lembrar do aroma que a vida leva ao fazer alguma coisa com o coração inteiro.

*On dira que le poètes n'ont pas de drapeaux
On fera des jours de fête quand on a de héros
On saura que les enfants sont les gardiens de l'âme
Et qu'il y a des reines autant qu'il y a de femmes*

*On dira que les rencontres font les plus beaux voyages
On verra qu'on ne mérite que ce qui se partage
On entendra chanter des musiques d'ailleurs
Et l'on saura donner ce que l'on a de meilleur*

*Oh qu'elle est belle notre chance
Aux milles couleurs de l'être humain
Mêlées de nos différences
A la croisée des destins*

Zaz. On Ira. 2013.

RESUMO

Desde a Segunda Guerra Mundial, nunca se contemplou um número tão grande de refugiados. Desse contingente, significativa e preocupante é a crescente proporção de crianças refugiadas desacompanhadas ou separadas, que se encontram em uma situação particular de tripla vulnerabilidade. Tendo em vista que a circunstância em que um menor refugiado encontra-se sozinho é limítrofe e coloca em xeque a forma como o Direito efetivamente vê a criança, o trabalho propõe-se a compreender o fenômeno a partir da ótica da concepção contemporânea dos Direitos Humanos, analisando, em um primeiro momento, a concepção do refúgio nos planos internacional e nacional. Uma vez apreendidos os conceitos fundamentais e localizada a temática no plano doutrinário, realçando a necessária complementariedade entre as três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana, busca-se, então, compreender o sujeito que se está a debruçar – a criança, para que se proceda ao exame da proteção à criança refugiada desacompanhada ou separada, a partir das lentes dos princípios do *non-refoulement* e do melhor interesse da criança. Passa-se à análise da prática brasileira, donde, a partir do exame de dois casos ilustrativos, aduz-se que a impossibilidade de formalização do pedido de solicitação de refúgio por crianças desacompanhadas ou separadas, buscando protegê-las, em realidade, corresponde a uma verdadeira inversão no caráter protetivo, oposta à guarida dos direitos da criança e seu melhor interesse, acabando por torná-las não sujeitos de direitos.

Palavras-chave: Refúgio; Infância; Crianças Refugiadas Desacompanhadas e Separadas; Direitos Humanos; Princípio do Melhor Interesse.

ABSTRACT

Since World War II, such a large number of refugees, as we see today, has never been seen. Among this significant and alarming contingent of people is the growing proportion of unaccompanied or separated refugee children, who face a particular situation of triple vulnerability. Because the circumstance in which a minor refugee finds himself alone is bordering and because it puts in check the way Legal Science effectively sees the child, this study aims to understand the phenomenon through the contemporary conception of Human Rights, analyzing, at first, the concept of refuge at both international and national levels. Once the fundamental concepts are apprehended, the topic is located, and the necessary complementarity between the three great strands of the international protection is highlighted, it seeks to understand the subject under analysis – the child, so that it becomes possible to exam the protection of the unaccompanied or separated refugee child, through the lenses of the principles of *non-refoulement* and the best interest of the child. It is then proceeded to the investigation of the Brazilian practice. At this point, based on the analysis of two illustrative cases, it is understood that the impossibility of formalizing initial assessments and measures to demand refugee status determination by unaccompanied or separated children, instead of provide them protection, in fact, corresponds to an inversion of the protective principle, inconsistent with the defense of children rights and their best interest. It results in the non-entitlement of their rights.

Key-words: Refuge; Childhood; Unaccompanied and Separated Refugee Children; Human Rights; The Principle of the Best Interests of the Child.

LISTA DE SIGLAS

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
ART.	Artigo
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CONARE	Comitê Nacional para Refugiados
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ONU	Organização das Nações Unidas
OUA	Organização da Unidade Africana

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O HORIZONTE DO REFÚGIO	15
1.1 UMA NECESSÁRIA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS	15
1.1.1 A ótica da concepção contemporânea de Direitos Humanos	16
1.1.2 A complementaridade entre as vertentes da proteção da pessoa humana	22
1.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE REFÚGIO	25
1.2.1 Apontamentos sobre o instituto do refúgio no cenário brasileiro	29
1.2.2 Notas sobre a indispensável distinção conceitual: refúgio e asilo	33
2. A CRIANÇA REFUGIADA	37
2.1 PARA UMA COMPREENSÃO DO SUJEITO	37
2.1.1 O lugar da infância nesse mundo: diálogos com a História e a Sociologia	38
2.1.2 Rumo à visibilidade: a criança como sujeito de direitos	42
2.2 A CRIANÇA REFUGIADA DESACOMPANHADA E SEPARADA	48
2.2.1 Entre os princípios do <i>non-refoulement</i> e do melhor interesse da criança	51
2.2.2 Instrumentos de proteção internacional	55
3. O REVÉS DA TUTELA	66
3.1 IMPOSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO: A INVERSÃO DO CARÁTER PROTETIVO	66
3.1.1 Khosrov: desacompanhado	69
3.1.2 Tony e Jessica: separados	71
3.2 REFLEXÕES PARA UMA EFETIVA PROTEÇÃO	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

Mais uma vez, contempla a humanidade uma intensa crise migratória: “*nunca vimos tantos refugiados. É o maior número desde a Segunda Guerra Mundial*”¹. A atual conjuntura global se mostra alarmante e repercute em reações distintas por parte dos Estados, dentre os quais o brasileiro, que oscilam entre a afirmação e a negação do acolhimento, demonstrando diferentes perspectivas possíveis sobre a prática de hospitalidade e de reconhecimento²: “*o Direito dos Refugiados, é um regime jurídico que ora vai ao encontro do refugiado, ora vai de encontro ao refugiado*”³.

O Direito, nesse sentido, vale-se de uma ambivalência, permitindo o tratamento das pessoas refugiadas como corpos vulneráveis, passíveis de proteção e cuidado, mas também de expulsão e abandono, a depender de seu *status*⁴. Rememorando as reflexões de Derrida⁵, o Direito não contempla o acolhimento incondicional⁶. Desse modo, Godoy aponta que “*o refugiado, ainda que sujeito de direitos, é sempre um sujeito sujeitado, um corpo fora de lugar*”.⁷ Não raras vezes, a desproteção é gerada pelos próprios países de acolhida, que os mantêm num limbo jurídico⁸. Coloca-se, assim, num cenário marcado por conflitos armados e separatismos étnicos, em xeque a proteção da pessoa humana, principalmente quando se leva

¹ GODOY, Gabriel Gualano de. **Asilo e hospitalidade: sujeitos, política e ética do encontro**. 2016. 298 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 31.

² GODOY, Gabriel Gualano de, op. cit., p. 29.

³ Idem.

⁴ Ibidem, p. 67.

⁵ Cf. DERRIDA, Jacques. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003.

⁶ Sobre Derrida, observam Gediell, Casagrande e Kramer: “A hospitalidade sem limitações vem orientada pela ideia que o humano que chega é diferente do outro que o recebe em sua terra. É estranho, estrangeiro, mas mesmo assim humano, que espera a hospitalidade incondicional e se depara com a hospitalidade condicionada, obturada pelo performativo jurídico do direito humanitário, do direito internacional, seus conceitos e instrumentos jurídicos e burocráticos dos Estados.” (GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins; KRAMER, Josiane Caldas. **Universidade e Hospitalidade: uma introdução ou mais um esforço**. In: GEDIEL, José Antônio Peres, GODOY, Gabriel Gualano de. *Refúgio e Hospitalidade*. Kairós Edições, Curitiba, 2016, p. 22.) Assim, “(...) a hospitalidade não pode ser oferecida se não aqui e agora em alguma parte. A hospitalidade dá como impensada, em sua ‘noite’, essa relação difícil, ambivalente, com o lugar. Como se o lugar que estava em questão na hospitalidade fosse um lugar que não pertencesse originalmente nem àquele que hospeda, nem ao convidado, mas ao gesto pelo privado e o público, o segredo e o fenomenal, o lar (que torna possível a hospitalidade) e a violação ou impossibilidade do lar. Essa máquina interdita a hospitalidade, o direito à hospitalidade, que ela própria deveria tornar possível (...)” (DERRIDA, Jacques. op. cit., p. 58-59)

⁷ “Tudo se passa como se refugiados fossem corpos estranhos, corpos fora de lugar. Corpos estranhos porque exóticos, diferentes, singulares. Refugiados são retratados como o outro da comunidade de acolhida, aqueles que não são o povo, não pertencem ao Estado. Nesse sentido, são corpos fora de lugar porque são corpos deslocados, que deixaram seu país de origem em direção a outro. Os refugiados representam os corpos que secretamente os Estados permitem morrer. São os corpos que não se sujeitaram ao modo como eram vistos nem tratados, os corpos errantes obrigados a fugir para viver.” (GODOY, Gabriel Gualano de. op. cit., p. 67.)

⁸ Ibidem, p. 62.

em conta o crescimento de medidas e políticas restritivas contra solicitantes de refúgio, especialmente a partir dos acontecimentos de 11 de setembro de 2001.

Nesse horizonte, gesta-se o Programa Universidade Brasileira e Política Migratória (PMUB), dando cumprimento ao estabelecido em Termo de Parceria firmado no ano de 2013 entre a Universidade Federal do Paraná (UFPR) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), no âmbito da Cátedra Sérgio Vieira de Mello, com o apoio do Ministério Público do Trabalho, no Paraná (MPT/PR)⁹. Nesse contexto, ante as crescentes demandas oriundas do florescente fluxo migratório de haitianos para o Brasil, em 2010, e posteriormente, diante da chegada de refugiados dos mais variados países, principalmente da Síria, o Programa é posto em execução¹⁰. As atividades, assim, – que se dedicam em geral a propor políticas migratórias voltadas ao ingresso de refugiados e migrantes na UFPR e em demais instituições de ensino superior, fundamental e médio – são desenvolvidas em Projetos, dos quais o Projeto de Pesquisa e Extensão Migrações, Refúgio e Hospitalidade, do curso de Direito, se destaca. É a partir das lições e reflexões desse Projeto que este trabalho é germinado.

As pessoas na condição de refugiadas compõem um dos grupos mais vulneráveis no globo. Dessa totalidade, algumas categorias apresentam um grau de vulnerabilidade *ainda* maior. Tratam-se de idosos, enfermos e crianças¹¹. Sobre este último grupo, – particularmente nas hipóteses de tripla vulnerabilidade, em que a criança refugiada encontra-se desacompanhada ou separada de seus pais ou responsáveis¹² – este estudo se debruça.

A temática do refúgio é aqui examinada à luz dos Direitos Humanos, sob o marco da concepção contemporânea de Direitos Humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948, a partir da qual é consagrada a ideia de que os Direitos Humanos são universais e inerentes à condição de pessoa.

⁹ GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins; KRAMER, Josiane Caldas. **Universidade e Hospitalidade**: uma introdução ou mais um esforço. In: GEDIEL, José Antônio Peres, GODOY, Gabriel Gualano de. *Refúgio e Hospitalidade*. Kairós Edições, Curitiba, 2016, p. 23.

¹⁰ Idem.

¹¹ Em que pese o direito brasileiro empregue, tendo como base o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma diferenciação entre criança e adolescente - considerando como criança a pessoa menor de 12 anos e adolescente, como a pessoa que está na faixa de idade de 12 a 18 anos -, o presente estudo, seguindo o entendimento empregado pela Convenção dos Direitos da Criança (CDC), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Novembro de 1989 trata por criança todo o indivíduo menor de 18 anos de idade.

¹² De maneira preocupante, hodiernamente uma significativa parcela de refugiados é composta por crianças desacompanhadas ou separadas de seus pais ou responsáveis. Acresce-se a isso o fato de que, de cada nove, pelo menos um encontra-se desaparecida, estima a Interpol. (RÁDIO ONU. **Unicef pede proteção para crianças desacompanhadas em busca de refúgio**. Disponível em: <<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/2016/05/unicef-pede-protecao-para-criancas-desacompanhadas-em-busca-de-refugio/#.WCKibPkrI2x>>. Acesso em: 16 set. 2016.)

No primeiro capítulo, ciente de suas críticas, analisa-se a ótica da concepção contemporânea de Direitos Humanos, procedendo-se à localização da temática no plano doutrinário, a partir da percepção da unidade de propósitos e complementariedade entre as três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana – Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados. Assentadas tais premissas, no primeiro capítulo, ainda, são tecidas considerações acerca do instituto do refúgio, pontuando-se sua configuração no ordenamento brasileiro. Nessa parte, ressalva-se, ademais, a distinção conceitual entre os institutos do asilo e do refúgio.

No capítulo seguinte, almeja-se uma compreensão do sujeito que se está a debruçar – a *criança*. Tendo em vista que sempre foi apreendida como uma espécie de “apêndice” da família, questiona-se: qual o lugar ocupado pela criança na sociedade ocidental? Fora sempre o mesmo? Para responder a tais indagações e traçar um paralelo com a forma de como o Direito apreendeu e apreende o conceito de criança, recorre-se ao diálogo com a História¹³ e com a Sociologia. Postas as estruturas que permitem uma melhor compreensão da racionalidade jurídica, examina-se de que maneira e a partir de quais abordagens o Direito, em sua matriz ocidental, construiu e tutelou a noção de infância. Essas compreensões se fazem especialmente necessárias para que não se recaia em um discurso que reproduz uma proteção meramente em tese, que desconsidera a criança como verdadeiro sujeito de direitos. Tendo-se claro que pensar na proteção a ser garantida no acolhimento à criança refugiada implica em uma conjugação e articulação dos princípios do *non-refoulement* e o melhor interesse da criança, passa-se a uma análise destes para que então se proceda ao exame das ferramentas que sustentam a proteção à criança refugiada desacompanhada ou separada.

Traz-se, no capítulo terceiro, um desafio observado na prática brasileira do procedimento de reconhecimento de refúgio: a impossibilidade de formalização do pedido por crianças desacompanhadas ou separadas. Para a reflexão e construção de um pensamento crítico acerca da realidade premente, examinam-se dois casos ilustrativos dos temas apresentados: o mandado de segurança interposto por Khosrov e o mandado de segurança interposto pelos irmãos Tony e Jessica, ambos objetivando liminar que determinasse o

¹³ Com a História, cumpre pontuar, partindo-se da noção de que o Direito, as crianças, as fronteiras, as nações, possuem uma dimensão histórica, uma construção dada no tempo, e que compreender essa dimensão é fundamental para compreender determinadas questões presentes. Todavia, sem utilizar a História como um meio justificador do presente, partindo-se da perspectiva utilitarista e anacrônica de que “*o presente foi o caminho ‘natural’ do processo histórico*”, ignorando a história em sua alteridade. Sem tampouco utilizá-la para elaborar uma “introdução histórica” de inspiração positivista. (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 63.)

recebimento e processamento dos pedidos de solicitação de refúgio, a despeito da inexistência dos termos de guarda. Ambos indeferidos.

1 O HORIZONTE DO REFÚGIO

1.1 UMA NECESSÁRIA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS

*Eu sempre sonho com monstros e um abismo negro. Mas o melhor sonho de todos foi um em que sou um super-herói que está ajudando o mundo. Não queria mais sonhar com monstros e tempestades¹⁴.
Ja'afar, 9 anos, refugiado sírio.*

Por todo o mundo, nos últimos anos, a temática do refúgio tem sido pauta frequente, senão diária, notadamente em razão da grave crise migratória pela qual perpassa a humanidade. O destino de jornadas migratórias, sejam por razões predominantemente econômicas, ou forçadas, por fundado temor de perseguição, não é mais exclusivamente o Norte Global: Estados como Chade, Paquistão e Rússia acolhem hoje um vasto número de refugiados¹⁵.

Conforme relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em razão dos desdobramentos da guerra na República Árabe da Síria, o número de refugiados sírios aumentou para mais de 1,5 milhões em 2014, perfazendo aproximadamente 4 milhões de refugiados em meados do ano de 2015. Segundo relatou-se, desse total, cerca de 85% residem em países de acolhida fronteiriços – Egito, Iraque, Jordânia, Líbano e Turquia¹⁶. No mesmo período, apontou-se um crescente e preocupante número de pessoas refugiadas e internamente deslocadas, provenientes, principalmente, do Iraque, Iêmen, Líbia, República Central Africana, Sudão do Sul e Nigéria¹⁷.

Em última análise, alguém se torna refugiado porque um ou mais direitos fundamentais lhe são tolhidos, de forma que cada refugiado é consequência de uma violação ou ameaça de violação a Direitos Humanos¹⁸. Assim, alarmante, a temática do refúgio é aqui examinada sob uma ótica de Direitos Humanos, particularmente sob a concepção contemporânea de Direitos Humanos.

¹⁴ CRIANÇAS sírias explicam a guerra. [s.i]: Bbc Brasil, 2016. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ex2CfjmOvQU>>. Acesso em: 02 out. 2016.

¹⁵ BENHABIB, Seyla. **The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 7.

¹⁶ ACNUR. **Note on international protection**. [s. L.]: Un High Commissioner For Refugees (unhcr), 2015. Disponível em: <<http://www.refworld.org/type,UNHCRNOTES,,,55c1dacf4,0.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016, p. 04.

¹⁷ Cf. ACNUR. **Note on international protection**. [s. L.]: Un High Commissioner For Refugees (unhcr), 2015. Disponível em: <<http://www.refworld.org/type,UNHCRNOTES,,,55c1dacf4,0.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016, p. 03-04.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

1.1.1 A ótica da concepção contemporânea de Direitos Humanos

Conforme analisa Bobbio, em seu clássico “*Era dos Direitos*”, os Direitos Humanos não são um dado, mas uma intervenção humana, em um constante processo de construção e reconstrução¹⁹. São, desse modo, compreendidos como *direitos históricos*, portanto mutáveis, suscetíveis de constantes transformações e de ampliação²⁰, conectados ao contexto espaço-temporal a partir do qual são examinados. Nessa perspectiva, conforme assentou o autor, seu conteúdo é sempre passível de aperfeiçoamento, devendo-se articulá-lo, atualizá-lo, de modo a não deixá-lo cristalizar em fórmulas mais solenes que efetivamente concretas²¹. Assim, guarnecidos de historicidade, são germinados em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes – “*e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas*”²². Nessa ordem de ideias, Melina Fachin sublinha:

os Direitos Humanos não representam uma marcha triunfal, mas também não são fracasso anunciado. Estes direitos são os reflexos da proteção possível, e não do desejável, dentro dos avanços e recuos dos movimentos sociais e por isso nascem quando podem e não quando devem [...].²³

Posta tal premissa, a concepção contemporânea de Direitos Humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e, posteriormente, reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993²⁴, é resultado da internacionalização dos Direitos Humanos e da

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 20.

²⁰ Nesse sentido: “(...) a Declaração Universal dos Direitos do Homem que é certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, um ponto de partida para uma meta progressiva (...) representa, ao contrário, com relação ao conteúdo, isto é, com relação aos direitos proclamados, um ponto de parada num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética.” (BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 20.)

²¹ Nas palavras do autor: “(...) a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram quanto é grande, por parte desses organismos, a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. Trata-se de um verdadeiro desenvolvimento (ou talvez, mesmo, de um gradual amadurecimento) da Declaração Universal, que gerou e está para gerar outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, do documento inicial.” (BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 21.)

²² Idem, p. 09.

²³ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 12.

²⁴ A Declaração de Viena, ao ratificar e reiterar a racionalidade da Declaração de 1948, sublinha elementos como a interdependência dos valores dos Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento.

humanização do Direito Internacional²⁵, tendo sua origem no Pós-Guerra, como reflexo às atrocidades e horrores cometidos durante o holocausto²⁶. Nesse contexto, figurando o Estado no papel de grande violador de Direitos Humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, resultando no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, dentre os quais judeus, comunistas, homossexuais e ciganos²⁷.

Os atos geradores das grandes truculências do segundo grande conflito mundial chamaram a consciência da comunidade internacional para a possibilidade do ser humano de aniquilar ao próximo e a si mesmo²⁸. Conforme analisa Comparato, a Segunda Guerra Mundial foi deflagrada com base em projetos de subjugação de povos considerados inferiores, que, somado ao ato final da tragédia – o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki – “*soou como o prenúncio de um apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida da face da Terra*”²⁹. Este cenário clamou, assim, pela a necessidade de um esforço de reconstrução dos Direitos Humanos como paradigma a nortear a ordem internacional. Piovesan observa que “*a barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito*”.³⁰

Se, por um lado, a Segunda Grande Guerra refletiu na ruptura com os Direitos Humanos, o Pós-Guerra implicaria em sua reconstrução e seu repensar³¹, já que uma concepção positivista, de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, se mostrou não apenas ineficaz à proteção da pessoa humana, como legitimadora da própria violação de Direitos Humanos. Nesse contexto de reconstrução dos Direitos Humanos, no plano interno, especialmente dos países de feição ocidental, inicia-se a emergência de um novo semblante do Direito Constitucional, voltado à proteção dos direitos fundamentais e a limitar os poderes do

²⁵ “A luta por direitos e pelos direitos - para que sejam levados a sério - é marca das democracias contemporâneas e constitui exigência inarredável da agenda política interna constitucional e externa do direito internacional dos Direitos Humanos, mormente desde o Pós-Segunda Guerra.” FACHIN, Melina Girardi. Op Cit., p. 14.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40-41. Nesse sentido, ainda aponta Hannah Arendt: “Só conseguimos perceber a existência de um direito a ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global.” (ARENDR, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 330.)

²⁷ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2013, p. 41.

²⁸ FACHIN, Melina Girardi. op. cit., p. 48.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2013, p. 41.

³¹ Idem.

Estado. No âmbito do Direito Internacional começa a ser delineado o sistema normativo internacional dos Direitos Humanos, emergindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a primazia do valor da dignidade da pessoa humana como paradigma referencial ético – rompe-se o “*conceito tradicional que situava o Direito Internacional apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional*”³². Nesse momento histórico, como reflexo da catástrofe humanitária e imbuída nessa perspectiva de reconstrução, dos escombros da Liga das Nações³³, nasce a Organização das Nações Unidas (ONU)³⁴, e, logo após, a Declaração Universal de 1948³⁵, a partir da qual é consagrada a ideia de que os Direitos Humanos são

³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 119.

³³ “A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos Direitos Humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho - pelo qual os Estados se comprometiam a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, desse modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos Direitos Humanos.” (PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2010, p. 116-117.)

³⁴ A Organização das Nações Unidas foi inserida no cenário internacional com a “Carta de São Francisco”, de 1945. Assim, analisa Piovesan: “A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos Direitos Humanos.” (PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 130.). Também sobre a ONU, face à extinta Liga das Nações, observa Comparato: “A ONU difere da Sociedade das Nações, na mesma medida em que a Segunda Guerra Mundial se distingue da Primeira. Enquanto que em 1919 a preocupação única era a criação de uma instância de arbitragem e regulação dos conflitos bélicos, em 1945 objetivou-se colocar a guerra definitivamente fora da lei. Por outro lado, o horror engendrado pelo surgimento dos Estados totalitários, verdadeiras máquinas de destruição de povos inteiros, suscitou em toda parte a consciência de que, sem o respeito aos Direitos Humanos, a convivência pacífica das nações tornava-se impossível.” (COMPARATO, op. cit., p. 214.)

³⁵ *A priori*, porque adotada na forma de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração não possui força jurídica de efeitos vinculantes: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembleia Geral, quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de resolução da Assembleia.” (REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, p. 211) À luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos das práticas e compromissos já adotados pela comunidade internacional, entretanto, imperioso é entrever a Declaração dos Direitos Humanos como verdadeiro costume internacional e norma imperativa do direito internacional, portanto, norma de *jus cogens*. Nesse sentido, anota Fábio Konder Comparato: “Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma *recomendação* que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). (...) Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos Direitos Humanos independe de sua declaração em constituições, leis ou tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade da pessoa humana, exercida contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.” (COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 227.)

universais e inerentes à condição de pessoa, afirmando, assim, as premissas da *universalidade* e da *indivisibilidade*³⁶.

Da universalidade, eis que clama pela extensão universal dos direitos, partindo-se do pressuposto de que a condição de pessoa é, *per se*, requisito único para sua titularidade.³⁷ Nesse sentido, sublinha Cançado Trindade,

já não se tratava de proteger indivíduos sob certas circunstâncias ou situações circunscritas no passado (e.g., proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal³⁸.

Esclarece Melina Fachin que tal postura universalista demanda, independente das particularidades locais, a extensão de um conjunto mínimo irreduzível de direitos:

A postura integral e indissociável introduzida pelo arquétipo coevo insere no núcleo normativo protetivo mínimo tanto direitos civis e políticos como direitos econômicos, sociais e culturais. Há, assim, complementariedade dialética que demanda visão não segmentada dos direitos para o resguardo substancial dos direitos humanos.³⁹

Nessa linha, ainda, da indivisibilidade, porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais e vice-versa, de forma que quando um deles é violado, também são os demais⁴⁰. Ao consagrar o reconhecimento universal dos Direitos Humanos, no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os seres humanos⁴¹, a Declaração consolida um parâmetro internacional para a guarida desses

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245.

³⁷ “Vale dizer, a para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos Direitos Humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana).” (FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 142.)

³⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 629-630.

³⁹ FACHIN, Melina Girardi. op. cit., p. 51.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2013, p. 45.

⁴¹ “Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.” (BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 18.)

direitos⁴². Nesse sentido, o faz “*partindo-se do critério metodológico que classifica os Direitos Humanos em gerações*”⁴³ adotando, nessa toada, o entendimento de que

uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia de sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação.⁴⁴

Nesse ordem de ideias, observa Piovesan que “*apresentando os direitos humanos como uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade*”⁴⁵.

Como resposta aos excessos dos regimes absolutistas, sublinhou-se, ademais, a noção de que essa proteção não pode se reduzir ao domínio reservado do Estado, já que configura, em realidade, legítimo interesse internacional, apontando-se, assim, para uma revisão da concepção tradicional de soberania absoluta do Estado – partindo-se de uma concepção *hobbesiana* de soberania, à uma noção *kantiana* de soberania.⁴⁶ Nesse diapasão,

o embrião da internacionalização, contido na concepção contemporânea de direitos humanos, arrima-se [...] em dois alicerces bem demarcados, quais sejam: a limitação da soberania estatal e de seu espaço autônomo em relação à proteção da pessoa humana, e uma visão holística desses direitos.⁴⁷

Mitiga-se, assim, a era em que a forma pela qual um Estado tratava seus nacionais era concebida somente como um problema de jurisdição doméstica⁴⁸ e cristaliza-se, finalmente, a ideia de que todo o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição, portanto, de sujeito de direitos⁴⁹.

O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, assim, possui lastro axiológico na Declaração Universal de 1948 – tendo como sustentáculos a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos – e é integrado por tratados internacionais de

⁴² PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2014, p. 246.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2013, p. 54-55.

⁴⁷ FACHIN, Melina Girardi. op. cit., p. 49.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2014, p. 51.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2013, p. 44.

proteção que refletem o ideal da Declaração, dentre os quais, aqueles de alcance geral e aqueles, por sua vez de alcance específico.⁵⁰

Paralelamente ao sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, complementares entre si e entre o sistema global, cujo escopo é o de internacionalizar os Direitos Humanos nos planos regionais, em especial, na Europa, América e África, apresentando, cada qual um aparato jurídico próprio. Assim, o sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos⁵¹. O sistema interamericano, a seu turno, tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que prevê a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Por fim, observa Piovesan, “o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, que, por sua vez, instituiu a Comissão Africana de Direitos Humanos, tendo sido posteriormente criada a Corte Africana de Direitos Humanos, mediante um Protocolo à Carta, que entrou em vigor em 2004.”⁵²

Considerando as experiências dos sistemas regionais – europeu, interamericano e africano –, Piovesan destaca sete desafios expressivos à implementação dos Direitos Humanos na ordem contemporânea⁵³, dentre os quais um dos mais complexos concerne à sua própria fundamentação: o debate entre universalistas e relativistas⁵⁴. Nesse impasse, destacam-se os lúcidos posicionamentos de Boaventura de Sousa Santos e Joaquín Herrera Flores.

Sousa Santos, frisando a necessidade de se superar o antagonismo entre universalismo e relativismo, propõe uma visão multicultural de Direitos Humanos pautada no diálogo entre culturas. Nesse sentido, entende que enquanto os Direitos Humanos “*forem concebidos como direitos humanos universais, eles tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de-cima-para-baixo*”⁵⁵”⁵⁶. Assim, defende que tais direitos devem ser reconceitualizados como *multiculturais*: “O multiculturalismo (...) é condição de uma

⁵⁰ Ibidem, p. 97.

⁵¹ “Com o Protocolo n. 11, em vigor desde novembro de 1998, houve a fusão da Comissão com a Corte, com vistas à maior justicialização dos sistema europeu, mediante uma Corte reformada e permanente.” Ibidem, p. 96.

⁵² Idem.

⁵³ PIOVESAN, Flávia, op. cit., 2013, p. 48.

⁵⁴ São eles os debates universalismo *versus* relativismo cultural, laicidade estatal *versus* fundamentalismos religiosos, direito ao desenvolvimento *versus* assimetrias globais, proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais *versus* dilemas da globalização econômica, respeito à diversidade *versus* intolerância, combate ao terrorismo *versus* preservação de direitos e liberdades públicas e direito da força *versus* força do Direito.

⁵⁵ Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma visão multicultural dos direitos humanos**. In: Contexto Internacional, vol. 1, n. 1, Rio de Janeiro: Contexto, 2001, p. 7-34.

⁵⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura, Ibidem. p. 16.

relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.”⁵⁷ Nesse sentido, entendendo que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana concebidas, contudo, de maneiras distintas e incompletas, o autor propõe transformar os Direitos Humanos em uma política cosmopolita “*que ligue em rede línguas nativas de emancipação, tornando-as mutuamente inteligíveis e traduzíveis*”⁵⁸.

Flores compreende os Direitos Humanos como componentes de uma *racionalidade de resistência* – “*uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero.*”⁵⁹ Nesse sentido, o autor nega considerar o universal “*como um ponto de partida ou um campo de desencontros*”. Defende, assim, um “*universalismo de chegada ou de confluência*”⁶⁰, o qual, na visão de Flores, se alcança a partir “*de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas*”⁶¹.

A despeito dos desafios da efetivação dos Direitos Humanos na ordem hodierna, “*consolidou-se no Direito Internacional contemporâneo um catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana*”⁶², sendo também estabelecidos mecanismos de supervisão e controle, pelos Estados, desses próprios direitos salvaguardados. Nesse sentido, conforme observado, não é cabível que, hoje, um Estado alegue, em defesa de suas condutas violatórias de Direitos Humanos, que sua conduta é parte de seu domínio reservado.⁶³

1.1.2 A complementaridade entre as vertentes da proteção da pessoa humana

Partindo-se da premissa indicada, necessário ainda localizar a temática no plano doutrinário. Enquanto a doutrina clássica do Direito Internacional apresenta uma visão estritamente compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana – Direitos Humanos⁶⁴, Direito Humanitário⁶⁵ e Direito dos Refugiados –,

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Ibidem. p. 29.

⁵⁹ FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. p. 01.

⁶⁰ Cf. FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. p. 13.

⁶¹ FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**, p. 13.

⁶² RAMOS, André de Carvalho, op. cit., 2005, p. 77.

⁶³ Idem.

⁶⁴ O Direito Internacional dos Direitos Humanos compreende, originariamente, os direitos que vieram a ser consagrados no plano internacional, mas que haviam sido anteriormente reconhecidos no plano do direito interno (direitos civis e políticos, por exemplo). Ou seja, às relações entre o Estado e as pessoas sob sua jurisdição em

enfatizando as origens históricas distintas desses ramos⁶⁶, a doutrina mais recente vislumbra uma unidade de propósitos entre as três searas: *a salvaguarda do ser humano*. Esta concepção admite diferenças necessárias entre os campos, seja em meios de implementação, supervisão ou controle, porém atribui-lhes o caráter essencial da *complementaridade*⁶⁷. Conforme sustenta Cançado Trindade, parte-se, assim, de uma tradicional concepção calcada na compartimentalização, à uma racionalidade de integração, ampliando-se e fortalecendo-se as vias de proteção da pessoa humana.⁶⁸

Desse modo, conforme assinala Piovesan, a partir do contexto da aprovação da Declaração Universal, de 1948, e da concepção contemporânea de Direitos Humanos por ela introduzida, considerando a aproximação das três vertentes nos planos conceitual, normativo e hermenêutico⁶⁹, bem como a identidade de propósitos de salvaguarda dos Direitos Humanos,

tempo de paz. Conforme André de Carvalho Ramos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas, cujo marco histórico inicial é a Carta de São Francisco, tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas em 1945, que sem seu preâmbulo o nos objetivos da Organização consagram a vontade da comunidade internacional em reconhecer e fazer respeitar os direitos humanos no mundo. (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 49-50.)

⁶⁵ Conforme Peytrignet, “Dissertar sobre o direito humanitário implica, de maneira inevitável, nos referir à problemática das guerras, da violência armada, e dos enfrentamentos de todo gênero, fenômenos que marcam infelizmente a história da humanidade, e até representam uma das manifestações mais universais da natureza do ser humano, tanto nas relações entre indivíduos, como entre grupos sociais organizados, povos e nações. (...) quanto ao direito humanitário propriamente dito, poderia se dar dele a seguinte definição: Trata-se do corpo de normas jurídicas de origem convencional ou consuetudinária, especificamente aplicável aos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, evitando que sejam afetados as pessoas e os bens legalmente protegidos. O direito internacional humanitário (DIH) abarca, hoje em dia, as regras do chamado “Jus in bello”, nas suas duas vertentes principais, que são, o direito “da Haia”, relativo à limitação dos “meios e métodos de combate”, ou seja da própria condução da guerra, e o direito “de Genebra”, atinente ao respeito das “vítimas da guerra”.” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard, RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados. San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.)

⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 270.

⁶⁷ Ibidem. p. 271.

⁶⁸ “Uma revisão crítica da doutrina clássica revela que esta padeceu de uma visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana – direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados, em grande parte devido a uma ênfase exagerada nas origens históricas distintas dos três ramos (no caso do direito internacional humanitário, para proteger as vítimas dos conflitos armados, e no caso do direito internacional dos refugiados, para restabelecer os direitos humanos mínimos dos indivíduos ao sair de seus países de origem). As convergências dessas três vertentes que hoje se manifestam, a nosso modo de ver, de forma inequívoca, certamente não equivalem a uma uniformidade total nos planos tanto substantivo como processual; de outro modo, já não caberia falar de vertentes ou ramos da proteção internacional da pessoa humana.” (Ibidem. p. 270.)

⁶⁹ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op.cit., p. 275-338.

a visão compartimentalizada da proteção internacional da pessoa humana encontra-se definitivamente superada⁷⁰.

Nesse contexto, o Direito Internacional dos Refugiados não se encontra dissociado do marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ora, é na própria violação de direitos humanos que se radica a causa fundamental pela qual as pessoas se veem coagidas a abandonar seu país de origem e solicitar refúgio⁷¹:

quando pessoas têm que abandonar seus lares para escapar de uma perseguição, toda uma série de direitos humanos é violada, inclusive o direito à vida, liberdade e segurança pessoal, o direito de não ser submetido à tortura, o direito à privacidade e à vida familiar, o direito à liberdade de movimento e residência e o direito de não ser submetido a exílio arbitrário.⁷²

Nesse sentido, pontua Piovesan, os refugiados “*abandonam tudo em troca de um futuro incerto em uma terra desconhecida*”⁷³. É, portanto, necessário que aqueles que sofrem essa grave violação de Direitos Humanos possam receber acolhimento em um local seguro e tenham garantido ao menos um nível mínimo de dignidade⁷⁴.

A interrelação deve ocorrer, por conseguinte, em etapas sucessivas, devendo os Direitos Humanos serem tomados em sua totalidade, sendo respeitados, antes, durante e depois do processo de solicitação de refúgio⁷⁵. *Antes* – isto é, quando a ameaça de violação ou a efetiva violação de direitos fundamentais resulta na busca de refúgio; *durante* – seja quando a pessoa, devido a fundados temores de perseguição, se vê obrigada a abandonar seu país de origem, seja no período de concessão do *status* de refugiado; e *após*⁷⁶ – tratando-se aqui das chamadas soluções duradouras: a repatriação voluntária, o reassentamento e a integração local⁷⁷.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2014, p. 247.

⁷¹ PITA, Agni Castro. **Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados**. In: GEDIEL, José Antônio Peres, GODOY, Gabriel Gualano de. Refúgio e Hospitalidade. Kairós Edições, Curitiba, 2016, p. 07.

⁷² PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2014, p. 247

⁷³ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2014, p. 247.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto, op. cit., p. 272.

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2014, p. 258-259.

⁷⁷ “A durable solution for refugees is one that ends the cycle of displacement by resolving their plight so that they can lead normal lives. Seeking and providing durable solutions to the problems of refugees constitutes an essential element of international protection, and the search for durable solutions has been a central part of UNHCR’s mandate since its inception.” (ACNUR. **UNHCR Resettlement Handbook**: division of International Protection. Genebra, 2011, p. 21. Disponível em < <http://www.unhcr.org/46f7c0ee2.html>>. Acesso em 06 mar 2016.) Tradicionalmente, o ACNUR concebe três formas de soluções duradouras, não hierarquizadas entre si: a repatriação voluntária, o reassentamento em um terceiro país e a integração local.

1.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE REFÚGIO

We were having breakfast when a plane dropped a missile on our house. There was lots of smoke and rubble and several of us were injured. Everyone was screaming. I looked around and I saw my brother lying on the ground. He's lost an arm. My arm, my back and leg were injured. After all this happened, my parents wanted me to get out of Syria. First I crossed illegally from Syria to Turkey. It took me 25 days. We went through woods and across the desert. In Turkey, I got on a boat to Greece. (...) I want to go and live with my brother in the UK and go back to school. My family's in danger in Syria. I want to go to the UK and bring them over as soon as I can. It's far too risky for them there⁷⁸.

Samir, 17 anos, refugiado sírio.

A proteção institucionalizada do refúgio, semelhante à que reconhecemos na atualidade, somente surge na segunda década do século XX, após o estabelecimento da Liga das Nações, em 1919, quando a comunidade internacional se deparou com a fuga de milhões de refugiados russos⁷⁹. A esse primeiro momento de proporções impactantes, fruto de perseguições, agregaram-se outros grandes contingentes de migrantes, tais quais armênios e turcos. Ainda assim, até então os casos eram tratados de forma pontual, tanto do viés temporal quanto espacial, o que somente se altera substancialmente ante a conjuntura da Segunda Guerra Mundial, quando o tema efetivamente ganha destaque no contexto internacional, frente ao deslocamento forçado, principalmente no interior da Europa, de mais de 40 milhões de pessoas⁸⁰.

⁷⁸ Livre tradução da autora: “Estávamos tomando café da manhã quando um avião lançou um míssil sobre a nossa casa. Havia muita fumaça e escombros, e muitos de nós ficamos feridos. Todos estavam gritando. Eu olhei ao meu redor e vi meu irmão caído no chão. Ele havia perdido um braço. Meu braço, minhas costas e minha perna estavam feridos. Depois que tudo aconteceu, meus pais quiseram que eu saísse da Síria. Primeiro eu cruzei de forma irregular a fronteira da Síria com a Turquia. Isso demorou 25 dias. Passamos por florestas e pelo deserto. Na Turquia, eu entrei em um barco para a Grécia. (...) Quero morar com meu irmão no Reino Unido e voltar para a escola. Minha família está em perigo na Síria. Eu quero ir para o Reino Unido e trazê-los o mais rápido possível. É arriscado demais para eles lá.” (SAMIR, an unaccompanied minor in The Jungle, Calais. [s.i]: Médecins Sans Frontières, 2016. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=B7IrOjbkrnw>>. Acesso em: 25 out. 2016.)

⁷⁹ Institui-se, nesse período histórico, em 1921, o Alto Comissariado para Refugiados Russos (Office of the High Commissioner for Russian Refugees). “Initially, the task of the High Commissioner, Dr. Fridtjof Nansen, was to support people who had become refugees in the wake of the Russian revolution. He concentrated his efforts on clarifying their legal status in host countries by providing them with identity and travel documents. In addition, he sought to secure employment opportunities and to devise repatriation arrangements for them. Later on, Nansen was given responsibility for delivering aid to people displaced following the collapse of the Ottoman empire and for arranging their permanent settlement in countries other than those initially providing asylum. After Nansen’s death in 1930, the International Nansen Office for Refugees continued his work. This Office was replaced in 1938 by the appointment of a High Commissioner for Refugees.” (ACNUR. **Self-Study Module 1: An Introduction to International Protection**. Genebra, 2005, p. 05. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4214cb4f2.html>> Acesso em 06 mar 2016.)

⁸⁰ Nesse sentido analisa Comparato: “Calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a Segunda Guerra Mundial, a maior parte delas civis, ou seja, seis vezes mais do que no conflito do começo do século, em que as vítimas, em sua quase-totalidade, eram militares. Além disso, enquanto a guerra do início do século provocou o surgimento de cerca de 4 milhões de refugiados, com a cessação das hostilidades na Europa, em

Germinada na racionalidade de que Direitos Humanos são universais e inerentes à condição de pessoa, a proteção internacional dos refugiados pressupõe que a dignidade e a titularidade dos Direitos Humanos devem ser observadas e respeitadas em todos os momentos, circunstâncias e lugares. Assim, após acalorados debates e algumas tentativas de ação sistematizadas, em 1950, é estabelecido, como órgão subsidiário da Assembléia das Nações Unidas (ONU), o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)⁸¹. Um ano mais tarde, foi aprovada a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados⁸², trazendo em seu bojo a definição de refugiado – cláusulas de inclusão, exclusão e cessação –, seus direitos e deveres.

À luz do artigo 1º, considera-se refugiado toda pessoa que, obstada de valer-se da proteção de seu país de nacionalidade ou residência habitual, abandona seu lar por temor de perseguição odiosa – *por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas*:

A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:

- 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados;
- 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Elaborado para um fenômeno concebido até então como temporário, o dispositivo estabelecia uma reserva temporal, cabendo aos Estados-parte estipular o entendimento adotado sobre a expressão “*acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951*”, que poderia ser, ainda, compreendida como “*acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa*”. Assim, abria-se também uma limitação geográfica, já que querendo, poderiam os Estados somente aceitar aplicar a Convenção a acontecimentos ocorridos no território europeu.

maio de 1945, contavam-se mais de 40 milhões de pessoas deslocadas, de modo forçado ou voluntário, dos países onde viviam em meados de 1939.” (COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 214.)

⁸¹ Estabelecido como órgão subsidiário da Assembléia Geral pela Resolução 319 (IV) da Assembléia Geral das Nações Unidas de Dezembro de 1949.

⁸² Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951, entrada em vigor em 22 de abril de 1954.

Ante tais balizas – temporal e geográfica –, com o advento da Guerra Fria, o conceito de refugiado, a partir da Convenção de 1951, praticamente se limitava aos europeus do leste que fugiam de países socialistas – atendendo também aos interesses político-ideológicos e geo-estratégicos das potências ocidentais que, por sua vez, almejavam desacreditar o bloco soviético⁸³. Com o tempo, entretanto, tornou-se claro que os fluxos de refugiados continuavam e não estavam, afinal, confinados a um único continente:

em 1956, o ACNUR ajudou a coordenar uma resposta ao êxodo após o conflito na Hungria. Um ano mais tarde, a organização foi encarregada de amparar refugiados chineses em Hong Kong. Ao mesmo tempo, em meio à guerra da Argélia pela independência, auxiliava também argelinos que fugiam rumo ao Marrocos e à Tunísia.⁸⁴

Na década de 1960, em razão da descolonização dos continentes asiático e africano, os novos fluxos migratórios geraram uma nova disputa global em torno de zonas de influências pelos dois blocos, percebendo-se assim a latente necessidade de alteração do texto da Convenção.

Frente a inoperância e insuficiência das reservas da Convenção de 1951, em 1967, visando ampliar o alcance da conceituação de pessoa refugiada, elaborou-se o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados⁸⁵, que, em seu artigo 1º, II, levantou a reserva temporal⁸⁶ constante da Convenção. O Protocolo, assim, é um instrumento independente, passível de adesão pelos Estados sem que estes se tornem também partes da Convenção de 1951.⁸⁷

Cotejando-se esses dois instrumentos globais, portanto, a pessoa refugiada é, em última análise, toda aquela que apresenta fundado temor de perseguição por motivos de raça,

⁸³ “Assentada em duas limitações, o que evidenciava o tratamento da questão dos refugiados como algo restrito ao continente europeu e gerado pela guerra, a definição “clássica” nascia fadada à inaplicabilidade. Com o início da Guerra Fria, o termo refugiado praticamente se limitava aos europeus de leste que fugiam dos países socialistas, atendendo aos interesses político-ideológicos e geo-estratégicos dos países ocidentais, que buscavam desacreditar o bloco soviético. Também havia interesses econômicos, já que a Europa estava em fase de reconstrução e se fazia necessária mão de obra barata e abundante.” (MOREIRA, Júlia Bertino. **Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil**. In: Revista Brasileira de Política Internacional 53 (1), 2010, p. 113.)

⁸⁴ Livre tradução da autora: “(...) in 1956, UNHCR helped to coordinate the response to the exodus following the uprising in Hungary. A year later, the organization was tasked to assist Chinese refugees in Hong Kong. At the same time, it was also involved in responding to the plight of Algerians who had fled to Morocco and Tunisia in the wake of Algeria’s war for independence”. (ACNUR. op. cit., 2005, p. 9.)

⁸⁵ Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, adotado em 31 de janeiro de 1967, entrada em vigor em 4 de outubro de 1967.

⁸⁶ §2. Para os fins do presente Protocolo, o termo “refugiado”, salvo no que diz respeito à aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras “em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...” e as palavras “...como consequência de tais acontecimentos” não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro.

⁸⁷ “The Protocol is an independent instrument to which States may accede without becoming Parties to the 1951 Convention, though this rarely happens. States Parties to the Protocol agree to apply the provisions of the Convention to refugees who meet the Convention’s definition but without the Convention’s time or geographical limitations.” (ACNUR. op. cit., 2005, p. 27.)

religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opinião política, não podendo ou não querendo valer-se da proteção de seu país de origem ou de residência habitual.

Após a adoção da Convenção de 1951 e seu Protocolo, de 1967, contudo, constatou-se, especialmente nos âmbitos regionais africano e latino-americano, a inevitabilidade de tornar o conceito de refugiado ainda *mais* abrangente. Nesse quesito, impõe-se mencionar a Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África e a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, que adaptaram a normativa internacional à luz das realidades e demandas regionais.

Nesse diapasão, no ano de 1969, foi aprovada a Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) sobre Refugiados, que entrou em vigor em 1974, estabelecendo, pela primeira vez, uma definição mais ampla de refugiados, aplicando, sem excluir as hipóteses previstas nos instrumentos globais, o termo refugiado também àquele que é compelido a cruzar fronteiras em razão de agressão estrangeira ou perturbação da ordem pública, independentemente da existência de temor de perseguição. Conforme consta:

qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública, numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de residência ou de nacionalidade.

No contexto da América Latina, a experiência regional da grave crise de pessoas internamente deslocadas e refugiadas, resultante de conflitos armados por motivos políticos, nas décadas de 1970 e 1980, levou os países da região a adotar uma nova definição de pessoa refugiada. Assim, “*o espírito da Declaração de Cartagena surge da tradição latino-americana de garantia do direito de asilo somada à necessidade prática de suprir a ineficácia dos parâmetros internacionais para responder às particularidades da crise na região*”⁸⁸. Isso porque, como observam Gediél e Casagrande,

por um lado, a definição restritiva dos instrumentos globais não abarcava todas as pessoas vulneráveis e carentes de proteção e, por outro, a maioria dos países envolvidos no processo não havia participado do desenvolvimento do regime global de refúgio e, consequentemente, não era signatário dos instrumentos internacionais de proteção por conta dos regimes políticos em vigor⁸⁹.

⁸⁸ GEDIÉL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins. **A Migração Haitiana recente para o Brasil:** bases teóricas e instrumentos políticos-jurídicos. In: Monções: Revista de Relações Internacionais da UFPA, Dourados, v.4. n. 8, jul./dez., 2015, p. 101.

⁸⁹ Idem.

A Declaração de Cartagena de 1984⁹⁰, a exemplo da iniciativa africana, ampliou a definição do regime de 1951, recomendando que também considerassem-se refugiadas as pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça de Direitos Humanos, ou por circunstâncias que hajam perturbado gravemente a ordem pública⁹¹. A Declaração, nesse sentido, estabeleceu um vínculo transparente entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados⁹². Em que pese trate-se de um instrumento sem aplicabilidade direta no âmbito do Direito Internacional, a grande maioria dos países da região incorporou os princípios nela contidos em suas legislações nacionais⁹³.

1.2.1 Apontamentos sobre o instituto do refúgio no cenário brasileiro

Passado um longo ciclo de autoritarismo, no cenário brasileiro, salientou-se a necessidade de as novas instituições democráticas estarem acompanhadas a um compromisso com o respeito a direitos outrora sistematicamente violados. Com a anistia concedida pelo governo Figueiredo, em 1979, no lento processo de abertura política, exilados e refugiados brasileiros retornaram ao país: o Brasil deixava de ser país de origem e voltava a ser país de acolhimento⁹⁴. Em 1980, foi aprovada a Lei n. 6.815, o Estatuto do Estrangeiro, uma normativa que regulamentava a situação do imigrante no país a partir, entretanto, de uma ótica securitária, através de uma noção de ameaça ou perigo⁹⁵.

Com a redemocratização do Estado e a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro trouxe um novo paradigma ideológico que progressivamente

⁹⁰ Declaração de Cartagena sobre Refugiados, adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984.

⁹¹ O Colóquio adotou, deste modo, as seguintes conclusões: (...) Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

⁹² PITA, Agni Castro. op. cit., p. 08.

⁹³ GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins. op. cit., p. 101.

⁹⁴ MOREIRA, Júlia Bertino. op. cit., p. 116

⁹⁵ Idem.

alterou a orientação político-legislativa relativa à proteção humanitária⁹⁶: o país passou a se posicionar de forma mais comprometida com o tema dos Direitos Humanos. Esse compromisso foi retomado, à época, principalmente devido a adesão ao regime internacional desenhado pela ONU, especialmente com a ratificação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e da Convenção Contra a Tortura e Outras Formas de Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁹⁷.

Ainda, graças a elaboração da Constituição de 1988, o Brasil percorria um caminho rumo à reestruturação política, incorporando no texto constitucional a prevalência dos direitos humanos (art. 4o, II), a integração regional (art. 4o, IX) e a concessão de asilo político (art. 4o, X) como princípios norteadores das relações internacionais⁹⁸.

Apesar de apresentar uma legislação retrógrada no tocante à migração, vide Estatuto do Estrangeiro, o ordenamento brasileiro traduz posicionamentos avançados no que concerne especificamente aos refugiados, tendo o país ratificado a Convenção de 1951 no próprio ano de sua celebração e aderido ao seu Protocolo no ano de 1972⁹⁹. Não sem limitações, entretanto. A Convenção foi promulgada por meio do Decreto nº 50.215 de 28.01.1961, sendo estabelecido pelo Estado brasileiro a reserva geográfica, que somente foi abandonada em 19.12.1989, por meio do Decreto nº 98.602.

No ano de 1997, o Brasil promulga uma lei específica para o refúgio, incorporando no ordenamento jurídico os instrumentos internacionais. Trata-se da lei n. 9.474/1997, conhecida como Lei do Refúgio, a primeira legislação nacional específica adotada em toda a América do Sul. A Lei de Refúgio, no artigo 1º, incisos I e II, reconhece como refugiado todo indivíduo que:

- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

⁹⁶ GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins. op. cit., p. 99.

⁹⁷ Respectivamente: Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992, ratificação em 24.01.1992; Decreto n. 591 de 06 de julho de 1992, ratificação em 24.01.1992; Decreto n. 40 de 15 de fevereiro de 1991, ratificação em 28.09.1989.

⁹⁸ MOREIRA, Júlia Bertino. op. cit., p. 115.

⁹⁹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila; BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. **A visibilidade dos invisíveis e os princípios de proteção aos refugiados:** notas sobre os acontecimentos recentes. In: GEDIEL, José Antônio Peres, GODOY, Gabriel Gualano de. Refúgio e Hospitalidade. Kairós Edições, Curitiba, 2016, p. 81.

Também o Brasil incorporou em sua legislação o conceito de refugiado proposto pela Declaração de Cartagena, dispondo no artigo 1º, inciso III, que será reconhecido como refugiado aquele que “*devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade e buscar refúgio em outro país*”. Por tal definição, a lei brasileira ampliou o prisma de proteção para vítimas de migração forçada.

A Lei 9.474/1997 criou ainda o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o órgão responsável, sobretudo, pela análise dos pedidos de solicitação de refúgio e pela declaração, se preenchidos os critérios de elegibilidade, da condição de refugiado, assim como os casos de perda e cessação de refúgio¹⁰⁰.

Sobre o ingresso no território nacional e o pedido de refúgio, a lei n. 9.474/1997, prevê em seu título IV, as regras sobre o processo de solicitação de refúgio, apresentando, assim, cinco capítulos que versam sobre o trâmite da determinação da condição de refugiado, quais sejam: do procedimento (arts. 17 a 20); da autorização de residência provisória (arts. 21 a 22); da instrução e do relatório (arts. 23 a 25); da decisão, da comunicação e do registro (arts. 26 a 28); e do recurso (arts. 29 a 32). Nesse sentido, da leitura de tais dispositivos identificam-se cinco fases de desenvolvimento do processo: uma fase prévia ou preliminar à instauração do processo; a instauração formal do procedimento; a instrução do feito; o julgamento e a fase recursal¹⁰¹. Dessas fases, as primeiras interessam particularmente à presente análise. Sobre elas, portanto, necessária uma breve abordagem.

Conjugando-se a norma constante do artigo 17 da Lei de Refúgio – “*o estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado*” – ao artigo 18 do mesmo instrumento – “*a autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos*” –, depreende-se que a instauração do processo de reconhecimento do status de refugiado ocorre com a tomada de declarações do postulante pela autoridade competente. Nessa toada, conforme observa Leite,

a despeito de a instrução do processo decorrer, assim, somente da colheita das declarações do buscador de asilo, já a partir da sua manifestação oral recebe a garantia de não ser devolvido para o local onde sua vida ou liberdade possa estar em risco, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

¹⁰⁰ Conforme prevê o artigo 14 da Lei 9.474/97, CONARE é presidido por um representante do Ministério da Justiça e integrado por um representante do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Saúde, Educação e Trabalho e Emprego, da Polícia Federal e um representante de organização não-governamentais dedicada a atividades de assistência e proteção de refugiados no País.

¹⁰¹ LEITE, Larissa. **O devido processo legal para refúgio no Brasil**. 2014. 362 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 166.

É o que está definido pelo parágrafo único do art. 7º, da Lei 9.474/1997, numa regra ainda reforçada pelo texto do art. 8º da mesma lei (...).¹⁰²

Na mesma linha, ressalta-se que a defesa de tal garantia não depende da prova da condição de refugiado, competindo tal análise, inclusive, ao CONARE¹⁰³. Ademais, sublinha-se ser desnecessário que o migrante se encontre em condição regular, já que o único requisito para a existência da fase prévia é a própria presença do estrangeiro no território nacional¹⁰⁴.

Nesse diapasão, compreende-se que a fase prévia do processo abrange a manifestação do migrante perante a Polícia Federal, bem como a prática de atos da autoridade que garantam a prestação de informações sobre o processo de solicitação de refúgio e não devolução do postulante: *“esta fase pode se iniciar já na área de fronteira, no momento do ingresso do estrangeiro no Brasil. Pode ocorrer, também, no interior do território nacional”*¹⁰⁵. Assim, observa Leite:

A fase preliminar do processo de RCR [reconhecimento da condição de refugiado] é um momento crucial, especialmente no ambiente de fronteira, pois, por uma única decisão da autoridade encarregada, podem ocorrer duas violações gravíssimas: a vedação do acesso ao processo correspondente à verificação de um direito previsto em Lei e a deportação de uma pessoa para um país onde sua vida ou liberdade encontram-se concreta e injustamente ameaçadas.¹⁰⁶

Uma vez que a pessoa tenha manifestado vontade de requerer seu reconhecimento como refugiada no Brasil, deve lhe ser dado o acesso ao processo correspondente¹⁰⁷. A normativa brasileira prevê em dois momentos (arts. 9º – *“a autoridade a quem for apresentada a solicitação deverá ouvir o interessado e preparar termo de declaração, que deverá conter as circunstâncias relativas à entrada no Brasil e às razões que o fizeram deixar o país de origem”* – e 18) que a “abertura dos procedimentos” ocorre após a lavratura do termo de declarações pela autoridade competente, somada à apresentação do termo de solicitação devidamente preenchido¹⁰⁸. Assim, a instauração do processo decorre da coleta de declarações e de sua redução a termo, bem como do preenchimento de uma solicitação pelo próprio migrante.

Nesse sentido, a polícia federal, responsável pelo controle fronteiriço e, em grande medida, pelas questões migratórias, figura, na prática, conforme observa Godoy, como a

¹⁰² Ibidem, p. 167.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 168.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 216.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 229.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 172.

verdadeira autoridade migratória no Brasil: “Qualquer estrangeiro que queira submeter uma solicitação de refúgio deve completar uma declaração em um dos postos da polícia federal, seja na fronteira, seja em zonas centrais das cidades ou capitais”¹⁰⁹.

Sobre os efeitos da instauração do processo de reconhecimento de refúgio, “observa-se, em primeiro lugar, a expedição de documentos em favor do solicitante acerca da autorização para a permanência provisória no Brasil e para o exercício da atividade remunerada”¹¹⁰, sendo o primeiro documento o denominado “protocolo”, emitido pela autoridade policial em favor do postulante de refúgio. Outros efeitos da instauração são a ampliação das consequências do *non-refoulement*¹¹¹ e o dever, do postulante, de manter atualizado perante à Polícia Federal e ao CONARE, seus dados pessoais, como endereço e telefone, de forma que seja possível a realização de notificação para entrevistas e demais atos processuais¹¹².

1.2.2 Notas sobre a indispensável distinção conceitual: refúgio e asilo

A definição ampliada e a definição clássica de refugiados não devem ser consideradas como excludentes e incompatíveis, mas, pelo contrário, complementares¹¹³, de forma que o conceito de refugiado, não recebe uma definição única e estanque. A partir da concepção disposta na Convenção de 1951, a doutrina compreende que o “*fundado temor de perseguição*” indica um temor baseado em expectativa de perseguição, que não se encontra apenas na mente do solicitante (subjetivamente), mas precisa ser comprovado por um critério objetivo, por fatos. Não se exige, por um lado, a atualidade da perseguição, no entanto, o refugiado necessariamente deve estar *fora* de seu país de origem ou residência para a solicitação, e conseqüentemente, a concessão do refúgio – em atenção ao requisito da extraterritorialidade. Ainda, a decisão da concessão de refúgio é declaratória, com efeito *ex tunc*, o que implica em reconhecer o direito do solicitante, caso preencha as condições, de obter o refúgio.

¹⁰⁹ GODOY, Gabriel Gualano de. **Asilo e hospitalidade**: sujeitos, política e ética do encontro. 2016. 298 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 115.

¹¹⁰ Ibidem, p. 174.

¹¹¹ Nesse sentido, complementa-se: “Apesar de esta garantia [*non-refoulement*] estar assegurada desde a primeira manifestação oral do solicitante de refúgio pela proibição de devolução da pessoa para o país onde a sua vida ou liberdade possam estar em risco, a Lei 9474/1997 previu que a partir da instauração do processo outras medidas venham a assegurar aquele princípio.” (Ibidem, p. 176.)

¹¹² Idem.

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267.

Desse modo, a concessão de refúgio a alguém, que preenchendo os requisitos legais, vê-se obstado de proteção em seu país de origem, deve ser reconhecida como ato de natureza pacífica, apolítica e essencialmente humanitária¹¹⁴. Conforme Piovesan, pois, a proteção dos refugiados constitui em garantia de Direitos Humanos a uma categoria de pessoas tipificada por elementos caracterizadores próprios, que requerem um tratamento normativo especial¹¹⁵. Paralelamente, partindo-se da necessária premissa de complementariedade entre o Direito Humanitário, Direitos Humanos e Direito dos Refugiados, portanto, tem-se que, além das normas específicas deste, são também aplicáveis os instrumentos gerais daqueles para a proteção de refugiados e postulantes de refúgio.

Para muitos doutrinadores, os institutos do asilo e do refúgio não apresentam distinção, preferindo-se frequentemente remeter ao termo asilo, tão somente. Tal posicionamento é encontrado na maioria dos Estados, notadamente naqueles de matriz anglo-saxã¹¹⁶. Em outros países, entretanto, precipuamente aqueles pertencentes à América Latina¹¹⁷, e em especial o Brasil, os termos *não* são tidos como equivalentes, exprimindo, cada qual, características particulares.

O asilo *latu sensu*, portanto, enquanto gênero, à analogia de um grande guarda-chuva de hospitalidade, consiste no conjunto de institutos que asseguram o acolhimento de estrangeiro que, em virtude de perseguição privada de justa causa, não pode retornar ao seu local de residência ou nacionalidade¹¹⁸. É dividido, dessarte, nas espécies do refúgio e do asilo político, que por sua vez, se subdivide em asilo territorial, diplomático e militar.

O asilo, *stricto sensu*, modernamente, consiste no conjunto de regras que protege o estrangeiro perseguido por *razões políticas*, encontrando óbice para a permanência ou retorno ao seu país de origem. Na concepção latino-americana, o asilo encontra seu fundamento contemporâneo no artigo 22 (7) da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece que: “*Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território*

¹¹⁴ Ibidem, p. 260.

¹¹⁵ Ibidem, p. 253.

¹¹⁶ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico**. São Paulo: Método, 2007. p. 37.

¹¹⁷ Na América Latina, muito por conta das instabilidades políticas que abalaram a região, houve um desenvolvimento pioneiro na região, com a edição de diversos instrumentos internacionais tais quais o Tratado sobre Direito Internacional Penal (Montevideu, 1889), Convenção sobre Asilo (Havana, 1923), Convenção sobre Asilo Político (Montevideu, 1933), Convenção sobre Asilo Político (Montevideu, 1939) e Convenção sobre Asilo Diplomática e Convenção sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954).

¹¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas**. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto e ALMEIDA, Guilherme Assis de. 60 anos de ACNUR. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. p. 15.

estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.”

Assim, enquanto o refúgio tem natureza essencialmente humanitária, o asilo é medida essencialmente política. O termo asilo político, portanto, por definição, poderia ser até mesmo considerado como um pleonismo, entretanto, é mantido, no Brasil, por constar da própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4o, X¹¹⁹, tido assim como um dos princípios regentes das relações internacionais no Brasil.

Consolidou-se no Brasil, destarte, a exigência de que, em um plano subjetivo, o futuro asilado seja um estrangeiro, cuja natureza de conduta seja política, não caracterizando crime comum ou ato contrário aos propósitos e princípios das Nações Unidas¹²⁰. Assentou-se, ainda, a condição de atualidade da perseguição política. O asilo é, afinal, um direito do Estado e não do indivíduo, de forma que sua concessão é, conforme a visão mais tradicional, discricionária, desprendida de ingerência internacional de outro Estado ou até mesmo do próprio indivíduo solicitante¹²¹. Não há, no Brasil, um órgão específico ou trâmite próprio para a solicitação e concessão do asilo, mas uma livre atuação da diplomacia *in casu*. Finalmente, sua natureza jurídica é constitutiva, com efeito *ex nunc*, podendo ser concedido dentro ou fora do território (nas modalidades de asilo diplomático e militar)¹²².

Assim, importa notar que, embora distintos, ambos os termos partem de um contexto comum: o acolhimento daquele que sofre uma perseguição e que por isso não pode valer-se da proteção de seu local de nacionalidade ou residência¹²³. No cenário latino-americano, partindo desse *múnus* comum, os institutos apresentam, ainda, um caráter de complementariedade, tanto em relação aos sistemas nacionais de proteção, quanto entre si, já que o asilo é tido como abrangente, podendo ser utilizado quando da impossibilidade de aplicação do instituto

¹¹⁹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

¹²⁰ Artigo 14º da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) 1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

¹²¹ Uma leitura a partir das lentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos compreende que o asilo passou também a ser regido por tratados e declarações de direitos humanos que geram a vigilância internacional de decisões outrora totalmente livres dos Estados. (RAMOS, André de Carvalho, op. cit., p. 20.)

¹²² Ibidem, p. 24.

¹²³ Ibidem, p. 15.

mais específico do refúgio¹²⁴. Conforme analisa Piovesan, ambos os institutos se identificam por constituírem uma medida unilateral, destituída de reciprocidade e sobretudo por objetivarem fundamentalmente a proteção da pessoa humana¹²⁵.

¹²⁴ JUBILUT, Liliana Lyra, op. cit., p. 36.

¹²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265.

2 A CRIANÇA REFUGIADA

2.1 PARA UMA COMPREENSÃO DO SUJEITO

*Eu não gosto que as pessoas fiquem tristes... Porque é que havia de querer deixá-los tristes... Se quisesse, contava-lhe como foi quando nós entramos no barco. Era muito grande. Quando o vi fiquei cheia de medo. Mas depois, quando entramos no barco, eu até gostei. E deixei de ter medo (...)*¹²⁶
Malak, 7 anos, refugiada síria.

Não é difícil notar que refugiados compõem um dos grupos de pessoas mais vulneráveis no globo. Dentro dessa esfera, há ainda categorias cujo grau de vulnerabilidade se torna ainda maior. Tratam-se aqui de idosos, enfermos e crianças. Sobre o último grupo, este estudo se detém.

Toda criança é vulnerável, dependente e se encontra em processo de desenvolvimento. Para além da vulnerabilidade que já lhes é inerente, as crianças refugiadas enfrentam maiores perigos para sua segurança e bem-estar. O início repentino e violento de situações de emergência, a ruptura abrupta da estrutura de famílias e comunidades, apenas a título exemplificativo, afetam profundamente tanto seu aspecto físico quanto psicológico¹²⁷:

é um fato triste que crianças sejam comumente as primeiras e mais frequentes vítimas de violência, doenças e desnutrição que acompanham o deslocamento da população e o fluxo de refugiados. Na esteira de emergências e na busca por soluções, a separação das famílias e das estruturas familiares continuam a afetar negativamente crianças refugiadas de todas as idades¹²⁸.

Historicamente, a criança foi tida como uma espécie de “apêndice” da família, vista à luz de seus pais, ou pelo menos, à luz de um adulto responsável. Não fora vista e compreendida por si, e para si: enquanto criança, propriamente. Nessa ótica, o presente capítulo busca evidenciar que tal noção, ao menos em teoria, não mais se sustenta. Investiga-se, nesse sentido e dentro da temática de estudo proposta, até que ponto a criança é efetivamente compreendida (pelo Direito) enquanto criança, sendo, portanto, protegida

¹²⁶ A PERIGOSA viagem de barco até à Grécia vista pelos olhos de uma rapariga refugiada síria. [s.i]: Unicef Portugal, 2015. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=R7qRKGvYhLI>>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹²⁷ ACNUR. **Refugee Children**: Guidelines on Protection and Care, Genebra, 1994, p. 7.

¹²⁸ Livre tradução da autora de: “It is a sad fact that infants and young children are often the earliest and most frequent victims of violence, disease and malnutrition which accompany population displacement and refugee outflows. In the aftermath of emergencies and in the search for solutions, the separation of families and familiar structures continue to affect adversely refugee children of all ages.” (ACNUR. **Refugee Children**: Guidelines on Protection and Care, Genebra, 1994, p. 7.)

enquanto tal. Essa compreensão se faz especialmente necessária para que não se esbarre, eventualmente, na armadilha – frequentemente bem encoberta – de uma proteção meramente em tese, que desconsidera a criança como verdadeiro sujeito de direitos.

2.1.1 O lugar da infância nesse mundo: diálogos com a História e a Sociologia

Todo o estágio anterior à fase adulta caracteriza a infância, uma etapa simultaneamente inescapável e distante da natureza humana. Ainda que revestida sob mantos diversos, em diferentes culturas, todas as perspectivas parecem convergir para o contínuo paradoxo familiaridade-estranheza: ao mesmo tempo em que toda criança parece muito próxima e familiar aos olhos do adulto, aparenta, entretanto, responder a um mundo desconhecido, apresentando-se como um ser diferente. Tal constante paradoxo costuma ser neutralizado com a transformação da criança em adulto¹²⁹. Dessa perspectiva, primeiramente, convém afinal questionar: qual o lugar ocupado pela criança na sociedade ocidental? Teria sido esse posto, se outrora também existente, sempre o mesmo?

Como terá ela [a criança] passado do anonimato para a condição de cidadão com direitos e deveres aparentemente reconhecidos? Numa sociedade desigual e marcada por transformações culturais, teremos recepcionado, ao longo do tempo, nossas crianças da mesma forma? Sempre choramos do mesmo jeito a sua perda? O que diferencia as crianças de hoje, daquelas que as antecederam no passado?¹³⁰

Para responder a tais questionamentos, necessário recorrer ao diálogo, sempre imperioso, com a História, particularmente, detendo-se à *iconografia*, eis que as mais variadas características do passado podem ser traduzidas por pinturas, desenhos, gravuras ou mesmo esculturas de um dado período. Ariès, em “*História Social da Infância e da Família*”, a partir desse método, consigna que a arte medieval, até por volta do século XII, representava a infância sem qualquer distinção de sua expressão ou seus traços: eram pois, homens reproduzidos em escala menor – apenas o tamanho distinguia crianças de adultos¹³¹. Essa ausência, entretanto, pouco se devia à incompetência ou a falta de habilidade dos artistas do medievo. Ora, “*é mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo*”¹³². A esse *modus operandi* do imaginário popular refletido na arte e também na literatura,

¹²⁹ JENKS, Chris. **Childhood**. Londres: Routledge, 2002. p.3.

¹³⁰ PRIORE, Mary Del (org.). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo. Contexto: 2002. p. 08.

¹³¹ ARIÈS, Philippe. **História Social da Infância e da Família**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. p. 51

¹³² Ibidem, p. 50.

continuou também fiel o século subsequente¹³³: no mundo de fórmulas românticas e até o final do século XIII, não existiam crianças caracterizadas por uma expressão particular e sim homens de tamanho reduzido¹³⁴.

Nesse mesmo século, entretanto, surgiram, com o anjo (o “*clergeon*”), o menino Jesus e a criança nua, alguns moldes de crianças um pouco mais próximos do sentimento moderno. Da iconografia religiosa da infância, destacou-se, finalmente, uma iconografia leiga nos séculos XV e XVI. Com a inserção das crianças em cenas de gênero, os pequenos tornaram-se uns dos personagens mais frequentes da representação iconográfica, não sendo, contudo, consagrados de forma exclusiva, mas sempre atrelados ao mundo adulto.

O aparecimento do retrato da criança morta no século XVI denota, por conseguinte, que a morte da criança não mais passava a ser considerada como uma perda inevitável. Afora em efígies funerárias, retratos de crianças isoladas de seus pais continuaram raros até o fim do século XVI, o que, entretanto, parece mudar com o advento do século XVII – período em que retratos de crianças se tornam cada vez mais numerosos e comuns –, quando Ariès identifica o momento em que se passa a criar o hábito de “*conservar através da arte do pintor o aspecto fugaz da infância*”¹³⁵. A criança era agora representada sozinha e por ela mesma – cada família queria possuir retratos de seus filhos –, de forma que esse costume nasceu no século XVIII e nunca mais desapareceu, já que no século XIX a fotografia substituiu a pintura. O medieval, portanto, desconhecia a infância ou, pelo menos, tentava não representá-la, sendo que sua “descoberta” somente

começou sem dúvida no século XIII, e sua evolução pode ser acompanhada na história da arte e da iconografia dos séculos XV e XVI. Mas os sinais de seu desenvolvimento tornaram-se particularmente numerosos e significativos a partir do fim do século XVI e durante o século XVII¹³⁶.

Uma observação aqui deve ser feita no que concerne ao lugar da criança na sociedade brasileira dos séculos passados. Em se tratando de uma análise da criança no Brasil de outrora, em particular, é claro, não se pode simplesmente almejar transplantar neste cenário a

¹³³ “Isso faz pensar também que no domínio da vida real, e não mais apenas no de uma transposição estética, a infância era um período de transição, logo ultrapassado, e cuja lembrança também era logo perdida”. (Ibidem, p. 52.)

¹³⁴ “Essa recusa em aceitar na arte a morfologia infantil é encontrada, aliás, na maioria das civilizações arcaicas. (...) Tudo indica, de fato, que a representação realista da criança, ou a idealização da infância, de sua graça, de sua redondeza de formas tenham sido próprias da arte grega. Os pequenos Eros proliferavam com exuberância na época helenística. A infância desapareceu da iconografia junto com outros temas helenísticos, e o românico retomou essa recusa dos traços específicos da infância que caracterizava as épocas arcaicas, anteriores ao helenismo.” (Ibidem, p. 51-52.)

¹³⁵ Ibidem, p. 60.

¹³⁶ Ibidem, p. 65.

antiga realidade européia, sem esbarrar, nessa transposição, em uma leitura míope, carregada tanto de provincianismos quanto de anacronismos. Nesse sentido, é válido sublinhar o contraponto feito por Del Priore em “*História das crianças no Brasil*”:

No que diz respeito à história do Brasil, encontramos de fato, passagens do terrível sofrimento e violência. Mas não só. Os relatos de naufrágio da Carreira das Índias retratam dolorosas separações entre pais e filhos. Os testamentos feitos por jovens mães no século XVII não escondem a preocupação com o destino de seus ‘filhinhos do coração’. Os viajantes estrangeiros não cessaram de descrever o demasiado zelo com que, numa sociedade pobre e escravista, os adultos tratavam as crianças. [...] Assim, a historiografia internacional pode servir de inspiração, mas não de bússola.¹³⁷

Em exame de correspondências que partiam de Lisboa, Bahia e Rio de Janeiro para a região das minas (atual Minas Gerais) no decorrer do século XVIII, Scarano analisa que até mesmo no Brasil, nesse período, a preocupação centralizava-se em assentos políticos e econômicos: pouco se falava da vida diária e dos aspectos mais corriqueiros do cotidiano; não era interessante comentar como viviam os escravos, os pobres, as mulheres e as crianças – mesmo aquelas filhas de indivíduos notórios da sociedade – sendo estas mencionadas apenas marginalmente e somente quando se tornava partícipe ou coadjuvante em uma ação.¹³⁸ Tal falta de referências, entretanto, não significa, que a crianças tenha sido desvalorizadas em si, “há nas entrelinhas, uma ou outra maneira de mostrar que lhe davam valor, era a continuação da família, gozava do afeto dos seus, participava dos acontecimentos e das festas, enfim, tinha presença na vida do momento”¹³⁹.

A sociedade européia medieval, e também a brasileira até o século XVII, não possuía uma ideia de infância tal como a que tem-se hoje, o que, contudo, não significa dizer que o medievo tinha como prática negligenciá-las ou desprezá-las. Isso porque, a *ideia* de criança ao longo da história não pode ser confundida com o *afeto* a elas dispensado: a *ideia*, consiste em uma consciência da natureza particular da infância, ou seja, o conceito que permite a distinção entre crianças e adultos ou jovens adultos. No medievo, conforme sublinhado, essa consciência não existia¹⁴⁰.

Também nesse viés, para o âmbito das ciências sociais, na sociedade ocidental o conceito de infância é, relativamente recente, remontando tão somente ao século XVIII. Durante o Iluminismo, a noção de criança contrastou definitivamente à de adulto: nesse

¹³⁷ PRIORE, Mary Del, op. cit., p. 11.

¹³⁸ SCARANO, Julita. **Criança esquecida das Minas Gerais**. In: PRIORE, Mary Del (org.). *História das Crianças no Brasil*. São Paulo. Contexto: 2002, p. 107.

¹³⁹ Ibidem, p. 109-110.

¹⁴⁰ JENKS, Chris. op. cit., p. 64.

período testemunhou-se a chegada de uma nova categoria de ser – fresco e frágil – sendo, consequentemente, alvo para correção em sua formação. Uma preocupação com a saúde física da criança passou a ser institucionalizada, juntamente com uma maior atenção ao seu bem-estar moral¹⁴¹.

Já no século XX, a partir do prisma da sociedade moderna ocidental, nas décadas de 1980 e 1990, a chamada “*nova sociologia da infância*” a partir da construção de um novo paradigma, enfatizou a noção de crianças enquanto agentes ativos e criadores, capazes de trazer significação em suas relações com adultos e outras crianças. Ainda, na década de 90, houve um resurgimento da sociologia estrutural que busca apresentar a criança como uma característica permanente da estrutura social, lado a lado a outras estruturas, como classe e gênero.

Conforme examinou Jenks, em “*Childhood*”¹⁴², historicamente dois foram os arquétipos dominantes relacionados à infância, que, por terem se mostrado em diversas vezes durante a história, extremamente arraigados a valores políticos e ideológicos distintos, são simplificados e apresentados pelo autor por meio da mitologia grega. Os modelos apolíneo e dionísico são por ele propostos como dois conjuntos incompatíveis e, entretanto, paralelos¹⁴³, de valores e características imputadas à natureza das crianças. O primeiro arquétipo proposto por Jenks parte da imagem mitológica de *Dionísio*: filho de Zeus e da mortal princesa Sêmele; deus grego da fertilidade e do vinho, cuja dupla personalidade traria tanto alegrias e êxtase, quando a raiva cega e brutal. O modelo dionísico repousa sobre a suposição da natureza da criança como algo naturalmente mau e, tal como Dionísio, dominado pelo hedonismo. Esse modelo teve grande aporte na doutrina cristã, com a ideia do pecado original: a criança chega ao mundo abrigando dentro de si um mau em potencial. Esse mau que lhe é inerente, de outro lado, pode e deve ser contido pelos adultos, que assim ganham aval absoluto para o exercício do poder. Desse modo, tais crianças não podem cair em más companhias, estabelecer maus hábitos ou permanecer ociosas sob ameaça de terem seus demônios internos liberados de seus corpos, as corrompendo e destruindo, por consequência, a própria sociedade¹⁴⁴. Diante de tal risco iminente, caberia aos pais, ou de modo geral, aos adultos, reproduzir a diretriz – rígida e severa –, inclusive através da coerção física. Esse *modus operandi* persistiu por todo o

¹⁴¹ Ibidem, p. 66.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ “To add to the complexity of these configurations I shall suggest that although they are competitive to the point of absolute incompatibility, within cultures they are used to understand childhood primarily through history but also synchronically, that is in parallel at the same time.” (JENKS, Chris. op. cit., p. 70.)

¹⁴⁴ JENKS, Chris. op. cit., p. 71.

Puritanismo do século XVII até meados do XIX com o ideal de encontrar e travar uma batalha contra à embriaguez e ao ócio, muitas vezes ligados à infância¹⁴⁵.

A contra face de Dionísio, *Apolo* era o deus da música, da luz e da verdade. Como preservador da ordem do mundo, uma de suas tarefas diárias principais era a de mover o sol por todo o céu. O arquétipo apolíneo retrata as crianças como seres angelicais, inocentes e imaculados, que brincam e sorriem espontaneamente.¹⁴⁶ Buscou-se aqui explorar as particularidades de cada criança, encorajando e protegendo-a¹⁴⁷, em contrapartida àquelas que, no modelo dionisíaco precisavam ser postas em submissão à força. A formalização desse modelo é encontrada em *Émile*, de Rousseau, ao sublinhar que crianças nascem boas, possuindo cada qual potenciais singulares e sendo, precipuamente, diferentes de qualquer adulto; sendo uma ontologia e, portanto, merecedoras de tratamento e cuidado específicos.

A estrutura utilizada por Jenks serve para uma melhor compreensão dos padrões impostos ao tratamento perante as crianças com o advento da nova chave mental da sociedade ocidental moderna. Assim, importante ter em mente que a análise proposta depende da premissa essencial de que a infância deriva de uma estrutura especial dentro das relações em sociedade e que seus vários significados derivam de discursos que acompanham tais relações¹⁴⁸. Do mesmo modo, a forma como se controlam as crianças se consubstancia em uma espécie de protótipo de como é exercido poder em sociedade¹⁴⁹.

Nitidamente contrastantes, a fim e a cabo, os modelos dionísico e apolíneo, carregam consigo uma peça em comum: acabam invariavelmente excluindo a criança do núcleo social, seja por tratá-la como um ser inerentemente mau que deva ser contido, seja por considerá-la, de outro lado, um ser inocente e delicado demais para o mundo adulto. Por qualquer prisma adotado, a criança é sempre percebida como incapaz de agir por si própria.

2.1.2 Rumo à visibilidade: a criança como sujeito de direito

No âmbito jurídico, não obstante o discurso político-social insurgente em meados do século XIX, o longo legado romano do *patria potestas* submeteu as crianças ao controle

¹⁴⁵ “This harsh campaign of childhood persisted the Puritanism of the 17th century, and even on into the 19 century with an evangelical zeal that sought out and waged war on the depravity of drunkenness, idleness or childhood wherever it was found.” (JENKS, Chris. op. cit., p. 71.)

¹⁴⁶ Ibidem, p. 73.

¹⁴⁷ Conforme Jenks: “This Apollonian image lies at the heart of attempts to protect unborn through legislation concerning voluntary termination of pregnancies and endeavours in the USA to criminalize certain ‘unfit’ states of motherhood such as drug-addiction or HIV infection.” (JENKS, Chris. op. cit., p. 73.)

¹⁴⁸ Ibidem, p. 69.

¹⁴⁹ Idem, p. 69.

absoluto do “*paterfamilias*”, não havendo até então, razão em conceituar quaisquer disputas jurídicas envolvendo crianças, no que concerne aos seus direitos¹⁵⁰. É somente ao fim do século XIX, com a consolidação dos Estados-Nação que os conceitos modernos de “criança” e “infância” são estabelecidos¹⁵¹. Essa consolidação, nesse sentido, conferiu à criança um status legal protetivo especial, ainda, entretanto, muito atrelado à lógica, conveniência e visão dos adultos a seu respeito: “*essa cegueira às crianças era parte de um modelo mais amplo de política único gênero e geração, praticada quase que exclusivamente por homens de meia-idade*”¹⁵².

Até meados da década de 30, já no século XX, o Direito direcionava então seus olhares à infância a partir das lentes da Criminologia, mais particularmente, da *criminalização* da criança, “*a delinqüência da juventude e da infância em risco moral e jurídico tornou-se a principal preocupação das pessoas preocupadas com as crianças nas Américas*”.¹⁵³ A grande mudança nessa concepção se insurge, no contexto ocidental, com os movimentos emancipatórios da década de 60, principalmente com a influência incutida pelo feminismo, que trouxe em seu bojo duas grandes e centrais contribuições para a temática: a visibilidade e a conceitualização. De algum modo, a crescente luta da mulher por sua inserção na vida pública, seja na política, no mundo do trabalho ou em espaços de poder, em geral, tornou a criança mais visível ao discurso público. No mesmo sentido, o conceito tradicional e patriarcal de “família”, enquanto fundamento da sociedade, passa então lentamente a ser desconstruído, dando espaço a uma noção individualizada de família, composta por membros iguais em direitos e poderes¹⁵⁴.

Por conseguinte, a lógica jurídica, ao longo do tempo, construiu a noção de infância, de formas distintas, que variou de uma abordagem que concebia a criança como objeto pendente de atenção e caridade a um modelo que passa a projetar o menor como sujeito de

¹⁵⁰ TOBIN, John. **Courts and the Construction of Childhood: A New Way of Thinking.** In: Law and Childhood Studies: Current Legal Issues, vol. 14, 2012, p. 58.

¹⁵¹ THERBORN, Goran. **Child Politics: Dimensions and Perspectives.** In: Childhood. SAGE Publications, Londres, Thousand Oaks and New Delhi, 1996, p. 29.

¹⁵² Livre tradução da autora: “(...) this blindness to children was part of a broader pattern of single-gender, single-generation politics, practised almost exclusively by middle-aged males.” (THERBORN, Goran. op. cit., p. 30-31.)

¹⁵³ Livre tradução da autora: “juvenile delinquency and children in moral and legal peril became the main preoccupation of people concerned with children in the Americas.” (Ibidem, p. 32.)

¹⁵⁴ Nesse sentido: “One of the aspects of the importance of gendered language, which the women’s movement highlighted and deconstructed, concerned the ‘family’. Most pertinent to our concerns (...) was the refusal to take the latter as a given collectivity, as the ‘foundation of society’, as much constitutional discourse had done. The ‘family’ became individualized, comprising individual members who were to have equal rights and powers. This individualist egalitarianism (or egalitarian individualism) first and foremost explicitly asserted the individuality of the woman. But in doing so, it undermined the patriarchal collectivism of the family, and opened up a space for discussing the individuality and the rights of the child as well.” (Ibidem, p. 36.)

direito, independente, nos limites de sua incapacidade. Nesse sentido, Tobin sugere a emergência de três grandes modelos da *ratio* das cortes: o modelo de propriedade, o modelo de bem-estar e a abordagem baseada em direitos.

A primeira matriz – calcada na lógica da propriedade –, tal como já vislumbrado, é apoiada no legado romano do *patria potestas*, por meio do qual, as crianças permaneciam submetidas ao controle absoluto do *paterfamilias*. As crianças, nessa perspectiva, não eram objetos de construções normativas e jurídicas que garantissem seus direitos, sendo então inexistente, de modo geral, uma legislação especialmente construída para tutelá-las. A seu turno, o modelo de bem-estar surge ao fim do século XIX, em meio à ruína do modelo de propriedade em assegurar a proteção à criança quando sob os cuidados de seus pais ou outros adultos. O princípio basilar dessa nova abordagem é o de que crianças são vulneráveis e imaturas, não possuindo, portanto capacidade de se proteger contra quaisquer ameaças. Nesse sentido, os pais, ou em sua ausência, o Estado, detêm a titularidade do melhor interesse da criança¹⁵⁵. O impacto do modelo de bem-estar, na prática, acaba por ir além da aplicação do melhor interesse da criança: sob a justificativa da vulnerabilidade, sua vontade pode vir a ser totalmente ignorada, já que não é a criança a titular da voz a decidir sobre o seu melhor interesse. Por sua vez, a abordagem baseada em direitos, que surge em meados da década de 60, passa perceber as crianças não mais como um sujeito relegado ao poder exclusivo de seus pais, mas como sujeitos capazes de se expressar em seu melhor interesse.

Nesse sentido, necessário aqui elencar, como o faz Pereira, as três correntes jurídico-doutrinárias que existiram em relação à proteção da infância no Brasil, desde o século XIX¹⁵⁶. A *Doutrina do Direito Penal do Menor*, centrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, “preocupou-se especialmente com a delinquência e baseou a imputabilidade na ‘pesquisa do discernimento’ – que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso”¹⁵⁷. Nesse contexto, cabia ao magistrado determinar se o jovem seria ou não capaz do dolo, levando-se em conta elementos como sua vida pregressa, seu modo de pensar e sua linguagem, por exemplo. Com o advento do Código de Menores de 1979, passou a vigorar no país a chamada *Doutrina Jurídica da Situação Irregular*, cujo período de aplicação foi marcado por uma “política assistencialista fundada na proteção do menor abandonado ou infrator”¹⁵⁸ e por uma fase de competência de caráter

¹⁵⁵ TOBIN, John. op. cit., p. 7.

¹⁵⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 13.

penal e tutelar do juiz. Nesse contexto, observa Pereira que “*sua interferência ocorria nas hipóteses de prática do ato infracional e nas demais situações caracterizadas como problemas sociais*”¹⁵⁹. Por outro lado, ante o movimento de mobilização do início da década de 80 – marcado por um intenso debate sobre os aspectos da proteção da infante-adolescência –¹⁶⁰, e, finalmente, com promulgação da Constituição Federal de 1988, a *Doutrina Jurídica da Proteção Integral* passou a compor o arcabouço normativo brasileiro: conforme esta doutrina, “*a população infante-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos*”¹⁶¹.

O século XX, em especial, alimentou uma crescente preocupação com o bem-estar da criança, que se manifestou expressamente em uma sequência de documentos internacionais emanados de diversos órgãos internacionais e regionais¹⁶². Nesse sentido, conforme aponta Dolinger, o primeiro documento de caráter amplo e genérico com relação à criança é a Declaração de Genebra, de 1924, intitulada “Direitos da Criança”, aprovada pela Liga das Nações e proclamada como a “Carta da Liga sobre a Criança”. Trinta e cinco anos mais tarde, no ano de 1959, as Nações Unidas aprovaram a Declaração dos Direitos da Criança (Resolução n. 1386):

reportando-se à Declaração de 1924 e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração de 1959 conclama pais, homens e mulheres, organizações voluntárias, autoridades locais e governos nacionais, a reconhecer os direitos da criança e a esforçar-se para que os mesmos sejam consagrados legislativamente e por outros meios, tudo em consonância com os dez princípios que ela estabelece¹⁶³.

Em comemoração aos vinte anos da Declaração, a ONU proclamou o ano de 1979 como o “Ano da Criança”, oportunidade em que a Polônia propôs a preparação de um tratado internacional que transformasse em termos jurídicos os princípios estabelecidos na Declaração de 1959, iniciativa esta aceita pela Assembleia Geral¹⁶⁴.

Assim, o formato e a racionalidade da abordagem baseada em direitos, que atualmente permeia o pensamento jurídico, no plano internacional, coincide com o surgimento e arcabouço da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CDC)¹⁶⁵, de 1989,

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 14.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 80.

¹⁶³ Ibidem, p. 83.

¹⁶⁴ “(...) que encarregou a Comissão de Direitos Humanos da ONU a preparar a Convenção dos Direitos da Criança, cuja primeira minuta foi elaborada pela própria Polónia.” (DOLINGER, Jacob. op. cit., p. 84.)

¹⁶⁵ Ratificada pelo Brasil em 24/09/1990 e internalizada por meio do Decreto n. 99.710 de 1990.

a partir da qual desenvolveu-se uma nova política, calcada, principalmente, em uma agenda internacional, em uma abertura para com organizações internacionais e em objetivos voltados tanto para uma mudança social quanto estatal, indo também um pouco na contra-mão das arraigadas e absolutas noções de “autodeterminação”, “soberania nacional” e “não ingerência em assuntos internos” dos Estados¹⁶⁶.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no plano internacional, e a Constituição brasileira de 1988¹⁶⁷, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)¹⁶⁸, no plano interno, inauguram na cultura jurídica contemporânea um novo paradigma inspirado pela concepção da criança e do adolescente “*como verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento*”¹⁶⁹. Assim, “*ser ‘sujeito de direitos’ significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, a passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.*”¹⁷⁰ Estabelece-se assim um novo paradigma que promove a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, consagrando lógica e principiologias próprias voltadas a assegurar a prevalência e primazia do interesse superior da criança¹⁷¹. Nesse sentido, observam Piovesan e Pirotta: “*A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade*”.¹⁷²

Abarcando todas as áreas tradicionalmente definidas como Direitos Humanos, a saber, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, a CDC traduz em seu bojo um abrangente rol de direitos, dentre os quais, o direito à vida e à proteção contra a pena capital; o direito a ser registrada logo após o seu nascimento e ter um nome e uma nacionalidade; o direito de deixar qualquer país e de entrar em seu próprio; a liberdade de pensamento,

¹⁶⁶ THERBORN, Goran. op. cit., p. 35.

¹⁶⁷ Notadamente no que concerne à norma constante de seu artigo 227, segundo o qual “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

¹⁶⁸ “Uma das principais inovações do ECA é aplicar-se a todos os indivíduos cuja idade seja inferior a 18 anos, ao contrário do antigo Código de Menores, que se aplicava somente aos menores em situação irregular, criando uma dicotomia jurídica entre crianças e adolescentes que se encontravam em situação regular junto de suas famílias e aqueles que se encontravam fora desses padrões considerados regulares pela legislação e pela interpretação jurisprudencial e doutrinária de tal legislação. O termo ‘menor’ ficou de tal forma associado a essa situação de irregularidade que passou a ser considerado discriminatório, sendo banido da legislação atual.” (PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Os Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes no Direito Internacional e no Direito Interno**. In: Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 453.)

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. op. cit., p. 448.

¹⁷⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. op. cit., p. 15.

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. op. cit., p. 448.

¹⁷² Ibidem, p. 449.

consciência e religião; o direito a um nível adequado de vida e segurança social. No que compete ao mecanismo de controle e fiscalização dos direitos enunciados, cumpre mencionar, foi instituído o Comitê dos Direitos da Criança, cujo escopo é monitorar a implementação da Convenção por meio do exame de relatórios periódicos encaminhados pelos Estados-partes. Nesse sentido, o Comitê destaca quatro artigos da Convenção como os que contém os princípios básicos do diploma: artigo 2 (não-discriminação), artigo 3 (o melhor interesse da criança), artigo 6 (o direito à vida e à sobrevivência) e o artigo 12 (direito de expressar sua opinião sobre os assuntos de seu interesse)¹⁷³. Destaca-se que, em dezembro de 2011, foi adotado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao procedimento de comunicações, que inovou ao instituir os chamados “*child-sensitive procedures*”, o qual endossando o princípio do interesse superior da criança, habilita o Comitê a apreciar petições individuais; a adotar “*interim measures*”, em casos de urgência; a apreciar comunicações interestatais e a realizar investigações *in loco*, em hipóteses de graves ou sistemáticas violações de direitos humanos¹⁷⁴.

A proteção dos direitos das crianças, sob o prisma da Convenção, nesse diapasão, é pautada em quatro princípios fundamentais: o reconhecimento de que as crianças possuem direitos; o reconhecimento de que os pais possuem responsabilidade primária pelo cuidado com as crianças; a necessidade de assegurar o melhor interesse da criança em tudo o que as diga a respeito e o princípio da determinação do melhor interesse das crianças feito pelas cortes¹⁷⁵.

Aqui, importa destacar que o artigo 12 da CDC, impõe que os Estados Partes garantam à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe digam a respeito. Nesse sentido, o dispositivo assegura que, a depender da idade e maturidade da criança, suas opiniões sejam tomadas em consideração, sendo, desse modo, garantido que a criança tenha a oportunidade de ser ouvida em procedimentos judiciais e administrativos que lhe respeitem. A ênfase dada na necessidade da participação da criança serve, afinal, para distinguir o modelo baseado em direitos do tradicional modelo do bem-estar, no qual a voz das crianças permanecia se não

¹⁷³ DOLINGER, Jacob. op. cit., p. 99.

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. op. cit., p. 451-452.

¹⁷⁵ Princípio este por vezes criticado por conta de sua imprecisão, mas que, conforme Tobin, deve ser interpretado em consonância com os demais dispositivos da Convenção, levando em consideração também outros fatores tais como os anseios da criança, as circunstâncias particulares da criança e quaisquer evidência empírica que possa ser relevante. (TOBIN, John. op. cit., p. 12-13.)

completamente silenciada, então marginalizada à voz de adultos¹⁷⁶. Nesse sentido, o artigo 12 da CDC é reitor no que concerne à participação de crianças no processo decisório, avançando na perspectiva de que as crianças merecem o mesmo direito de auto representação que adultos.

Silenciar a voz da criança, normalmente vem ao encontro de sua representação enquanto “devir” (“*becoming*”) vulnerável, que precisa da proteção do adulto. Tomando essa noção da criança enquanto “devir” tem-se que, em nome de seu melhor interesse, seja ela representada por um adulto competente para tanto¹⁷⁷. Nos últimos anos, entretanto, a realidade tem revelado uma espécie de aporia dessa proteção. As tentativas de servirem ao melhor interesse das crianças, a revés, têm acabado por prejudicá-las¹⁷⁸ das mais diversas formas:

se as crianças são silentes, ou se suas vozes não difíceis de ser escutadas, lê-se isso como um sinal de sua inabilidade de se auto-representarem em virtude de sua incompetência cognitiva e constitutiva, e não como resultado de silenciamento. Isso legitima a negação de oportunidades à criança para se representar. Isso aumenta sua vulnerabilidade.¹⁷⁹

Nesse sentido, tem-se que uma proteção adequada, conforme se verá mais detidamente, deve reconhecer as vulnerabilidades e necessidades de salvaguarda. Ao mesmo tempo, e na mesma intensidade, deve evitar a prevalência de políticas paternalistas que desconsideram e rejeitam seu poder de agência.¹⁸⁰

2.2 CRIANÇAS REFUGIADAS DESACOMPANHADAS

Bonjour, je m'appelle Sijad. Ici à la "jungle" de Calais c'est la galère. Je suis arrivé ici il y a 3 mois. Il n'y a personne de ma famille ici. Je suis tout seul. Je veux aller chez mon oncle. Il est en Angleterre. Parfois j'essaie de passer dans des camions, quand je m'ennuie trop. Je me suis blessé, à la jambe et au doigt. C'était il

¹⁷⁶ Livre tradução da autora: “This emphasis on the participation of children serves to distinguish a rights based approach from traditional welfare based approaches where children’s voices remained, if not completely silenced, then seriously marginalised relative to the views of adults.” (TOBIN, John. op. cit., p.13.)

¹⁷⁷ LEE, Nick. **The Challenge of Childhood:** distributions of childhood’s ambiguity in adult institutions. *In:* Childhood, vol. 6 no. 4, 1999, p. 468.

¹⁷⁸ LEE, Nick. op. cit., p. 468.

¹⁷⁹ Livre tradução da autora: “If children are silent, or if their voices are hard to hear, this can be read as a sign of their inability to represent themselves by virtue of their constitutional cognitive and/or social incompetence rather than as a result of silencing processes. This can legitimate the denial of opportunities for children to represent themselves. This adds to children’s vulnerability.” (LEE, Nick. op. cit., p. 468-469.)

¹⁸⁰ RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campo; FERREIRA, Ana Teresa Hedler. **Crianças migrantes desacompanhadas nas Américas:** a base jurídica da Corte Interamericana e o estudo de casos do Brasil e dos EUA. *In:* GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). Migrações, deslocamentos e direitos humanos. Brasília: IBDC, 2015, p. 9.

*y a un mois. Je suis tombé d'un camion, sur la route. Il y a un mois et demi, j'ai fait les papiers pour passer légalement, mais ils mettent du temps à répondre*¹⁸¹.
Sijad, 12 anos, refugiado afegão.

Em diversas circunstâncias, definir em uma única categoria a solução jurídica da criança migrante torna-se tarefa delicada, haja vista suas raízes multidimensionais, fruto de uma combinação complexa de causas e fatores de expulsão que se encontra na intersecção entre migração, tráfico e refúgio.¹⁸²

A despeito de tal dificuldade, este estudo se debruça sobre crianças refugiadas, ou particularmente, postulantes de refúgio. Consigna-se “crianças desacompanhadas”, crianças, conforme a definição do artigo 1 da Convenção sobre os Direitos das Crianças, que foram separadas de ambos os seus pais ou demais responsáveis e não estão sendo amparadas por qualquer outro adulto que, por lei ou costume, seria responsável por fazê-lo. Por “crianças separadas”, entende-se aquelas que, também conforme a definição do artigo 1 da CDC, encontram-se separadas de seus pais ou de demais responsáveis legais, mas não necessariamente de outros parentes ou adultos. Trata-se, por exemplo, da hipótese em que uma criança está acompanhada por adultos membros de outra família que não a sua.

Em nota divulgada pelo ACNUR, consignou-se que a proporção de crianças chegando ao continente europeu vem aumentando desde junho de 2015. Desde outubro de 2015, mais de 30% dos migrantes que chegaram à Europa pelo mar, são crianças.¹⁸³ Para algumas nacionalidades, ainda, tais como a afegã, as crianças compõem o maior grupo de migrantes¹⁸⁴. Nesse sentido, publicou o ACNUR: “cerca de 90.000 crianças desacompanhadas apresentaram pedidos de refúgio nos Estados-Membros da União Europeia (UE) em 2015. No total, na UE, as crianças não acompanhadas representavam quase um quarto (23%) de todos os requerentes de asilo com menos de 18 anos no ano de 2015”¹⁸⁵. Nesse sentido:

¹⁸¹ Livre tradução da autora: “Olá, eu me chamo Sijad. A vida aqui na “selva” de Calais é muito difícil. Cheguei aqui há 3 meses. Não tem ninguém da minha família aqui. Estou completamente sozinho. Eu quero ir morar com o meu tio. Ele está na Inglaterra. Às vezes eu tento entrar em caminhões, quando estou aborrecido demais. Me machuquei, na perna e nos dedos. Isso foi há um mês. Caí de um caminhão na estrada. Há um mês e meio preenchi os documentos para fazer a travessia legalmente, mas eles demoram para responder.” (SIJAD, 12 ans: ma vie seul dans la “jungle” de Calais. [s.i]: Unicef France, 2016. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bKJPfE7YfCk>>. Acesso em: 28 out. 2016.)

¹⁸² BHABHA, Jacqueline. **Child Migration e Human Rights in a Global Age**. Princeton: Princeton University Press, 2014, p. 239.

¹⁸³ ACNUR. **Briefing Note:: Unaccompanied and Separated Children in Europe**. [s.i]: Unhcr, 2016. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/ngo-consultations/ngo-consultations-2016/Europe-Bureau-Briefing-Note.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016, p. 02.

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Livre tradução da autora: “Around 90,000 unaccompanied children lodged asylum applications in European Union (EU) Member States in 2015. In total, in the EU, unaccompanied children accounted for almost a quarter (23%) of all asylum applicants aged less than 18 in 2015.” (ACNUR. op. cit., 2016, p. 02.)

Cerca de 96 mil crianças refugiadas e imigrantes que viajaram para a Europa sozinhas em 2015 pediram asilo na União Europeia, quase quatro vezes mais do que no ano anterior [...]. Mais da metade dos menores desacompanhados era afegã, seguidos por sírios e eritreus, disse o Escritório Europeu de Apoio ao Asilo (EASO, na sigla em inglês) em seu relatório anual para 2015.¹⁸⁶

Por seu turno, o Brasil apresentou um aumento de mais 2.000% no número de solicitação de refúgio nos últimos quatro anos, sendo que, dos pedidos que envolvem postulantes menores de 18 anos, 9,8% eram para crianças separadas ou desacompanhadas de um responsável legal¹⁸⁷.

A separação da criança dos pais ou responsáveis, desse modo, pode ter ocorrido tanto no início do processo de refúgio, quanto em seu decorrer. Nesse sentido, as crianças podem ter sido acidentalmente separadas de suas famílias. Podem ter sido sequestradas, ou tornadas órfãs. Podem ter fugido, ou vivido de forma independente com o consentimento dos pais,

outras podem ter sido enviadas para o país de acolhimento por pais que permaneceram em seu país de origem, enquanto outros podem ter sido deixados no país de acolhida por pais que voltaram para casa ou que foram reassentados em outros lugares. Em situações de conflito, as crianças podem ter sido separadas de seus pais como resultado de recrutamento militar ou prisão¹⁸⁸.

Conforme o jornalista italiano Luca Attanasio, que entrevistou crianças desacompanhadas nascidas no Afeganistão, Gâmbia, Egito e Eritreia, as famílias que decidem mandar um de seus filhos menores à Europa, por exemplo, "ficam endividadas para sempre", haja vista as quantias exorbitantes devidas. Ainda relatou:

Quando se trata, ainda, de filhos menores de idade, o drama é ainda maior. Uma vez que estas crianças acabam sendo confiadas às máfias, vivem cenas de extrema violência. São torturadas, espancadas uma e outra vez e chegam a ver seus colegas de travessia morrer. Estas crianças são escravizadas durante o trajeto da viagem e com frequência depois. Em muitos casos, foram interceptadas em sua chegada pelas máfias, que não têm nenhum interesse em que sejam identificadas pelas autoridades. Tratam-se de redes muito organizadas, que chegam até a esperar que

¹⁸⁶ REUTERS. **Infância perdida:** Quase 96 mil crianças desacompanhadas procuraram asilo na UE em 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2016/07/08/refugiados-menores-de-ida_n_10885826.html>. Acesso em: 14 maio 2016.

¹⁸⁷ AGÊNCIA BRASIL. **Burocracia dificulta atendimento a crianças refugiadas desacompanhadas.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-06/burocracia-dificulta-atendimento-criancas-refugiadas>>. Acesso em: 14 maio 2016.

¹⁸⁸ Livre tradução da autora de: "Children may have been accidentally separated from their families, abducted, or orphaned. They may have run away, or live independently with their parents' consent. Some may have become street children. Some children may have been sent to the country of asylum by parents who have remained in their country of origin, while others may have been left in the country of asylum by parents who have returned home or resettled elsewhere. In conflict situations, children may have been separated from their parents as a result of military recruitment or the parents' imprisonment." (ACNUR, op. cit., 1994. p. 123.)

cresçam ou atrevessem momentos específicos da vida porque sabem que são muito frágeis.¹⁸⁹

Hodiernamente, é inconcebível negar que meninos e meninas sejam titulares e merecedores de uma tutela específica, dada sua particular situação de vulnerabilidade¹⁹⁰. A idade, associada à relativa imaturidade, assim como as diferentes etapas de desenvolvimento que apresentam meninos e meninas, asseveram a necessidade de procedimentos especiais que assegurem uma adequada tomada de decisões na determinação e reconhecimento da condição de refugiada de uma criança¹⁹¹. Pensar na proteção a ser garantida no acolhimento à criança refugiada, nessa ordem de ideias, implica, de plano, em uma conjugação e articulação de dois princípios fundamentais, reitores, cada qual de sua temática particular: o *non-refoulement* e o melhor interesse da criança. Somente com a compreensão da magnitude de tais princípios, é possível compreender o arcabouço que sustenta os instrumentos de proteção à criança refugiada desacompanhada ou separada, para finalmente poder-se tecer uma visão crítica acerca da prática de acolhimento no país.

2.2.1 Entre os princípios do *non-refoulement* e do melhor interesse da criança

O *non-refoulement*, ou a não-devolução, consiste no princípio a partir do qual os Estados não podem reenviar um refugiado ou solicitante de refúgio para qualquer local onde sua vida ou sua liberdade sejam colocadas em risco. Nesse sentido, o princípio "*preserva assim um equilíbrio constantemente renovado entre a soberania inevitável do Estado na*

¹⁸⁹ YAHOO NOTÍCIAS. **Crianças migrantes desaparecidas na Itália cairiam no tráfico e na prostituição.** Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/criancas-migrantes-desaparecidas-italia-cairiam-trafico-prostituição-233141499.html?soc_src=social-shesoc_trk=fb>. Acesso em: 15 maio 2016.

¹⁹⁰ “Hoy en día es innegable que los niños son merecedores de una protección especial dada su situación de particular vulnerabilidad, tal como lo ha expresado unívocamente la comunidad internacional en su conjunto con la masiva ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. De este modo, el cuidado especial que debe gozar todo niño encuentra sustento normativo en este instrumento internacional, el cual irradia progresivamente su esencia hacia todos los ámbitos del derecho internacional y doméstico.” (FILARDI, Marcos Ezequiel; DUBINSKY, Karina; MENDOS, Lucas Ramón. **El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias.** In: LETTIERI, Martín (ed). Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamerica. Buenos Aires: EDUNLa Cooperativa - Universidad Nacional de Lanús, 2012, p. 228.)

¹⁹¹ ACNUR. **Guidelines on International Protection:** child asylum claims under articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. Genebra, 2009, p. 25. Disponível em: <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/guidelines-on-international-protection-child-asylum-claims-under-articles-1a2-and-1f-of-the-1951-convention-and-or-1967-protocol-relating-to-the-status-of-refugees/>> Acesso em 09 set. 2016.

admissão de estrangeiros e a necessária proteção de pessoas em situação de refúgio, cuja vida e liberdades são ameaçadas”¹⁹²

A ideia de que um Estado não deve retornar pessoas a outros países em determinadas circunstâncias é de origem relativamente recente. Cançado Trindade observa que as primeiras referências ao princípio do *non-refoulement* surgiram na prática internacional durante o período do entre guerras, sobretudo a partir da década de 1930. É, entretanto, somente no período posterior à segunda grande guerra que o *non-refoulement* passa a se configurar como um princípio básico e pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados, sendo consagrado no artigo 33 da Convenção de 51¹⁹³, e, posteriormente, inclusive, expressamente tutelado pela Declaração de Cartagena, como de um princípio de *jus cogens*”¹⁹⁴. Desse modo, *“a perenidade dos direitos associados ao estatuto de refugiado é garantida pelo princípio do non-refoulement”*¹⁹⁵.

A aplicabilidade do princípio transcende a seara do Direito dos Refugiados, de forma que, à luz da complementariedade entre as vertentes da proteção internacional da pessoa humana, também serve de aporte fundamental ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – no que concerne, principalmente à proteção estabelecida pelo artigo 3 da Convenção contra a Tortura, de 1984 – e ao Direito Humanitário. Nesse sentido, salienta Cançado Trindade, *“talvez seja mesmo necessário lembrar hoje da obrigatoriedade do caráter imperativo do non-refoulement, em relação às regras tanto de Direito Internacional dos Refugiados como de Direito Internacional dos Direitos Humanos (...)”*¹⁹⁶. Assim,

¹⁹² Livre tradução da autora: “Préserve ainsi un équilibre sans cesse renouvelé entre l’incontournable souveraineté de l’État de l’admission des étrangers et la nécessaire protection des réfugiés menacés de leur vie où leur libertés.” (CHETAIL, Vincent. **Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international**. In: HCR (délégation pour la France); INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L’HOMME. La Convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au Statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives. Bruylant, 2001, p. 5-6.)

¹⁹³ Artigo 33: “1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. 2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.”

¹⁹⁴ Quarta conclusão: “Ratificar a natureza pacífica, apolítica e exclusivamente humanitária da concessão de asilo ou do reconhecimento da condição de refugiado e sublinhar a importância do princípio internacionalmente aceite segundo o qual nada poderá ser interpretado como um ato inamistoso contra o país de origem dos refugiados.”

¹⁹⁵ Livre tradução da autora: “La pérennité des droits attachés au statut de réfugié est ainsi garantie par le principe de non-refoulement.” (CHETAIL, Vincent. op. cit., p. 36.)

¹⁹⁶ Livre tradução da autora: “Quizás sea, incluso, necesario, recordar en nuestros días el carácter imperativo del non-refoulement, en relación con la normativa tanto del Derecho Internacional de los Refugiados como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...)” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal**.

o conteúdo normativo do princípio do *non-refoulement* também encontrou expressão em tratados de direitos humanos, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (artigo 3), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (artigo 22 (8)), e mais recentemente, e de forma categórica, na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, de 1984 (artigo 3)¹⁹⁷.

Nessa toada, tem-se que o alcance do princípio do *non-refoulement* ampliou-se, tanto *ratione personae* quanto *ratione materiae*, conforme salientou Cançado Trindade,

sob os tratados de direitos humanos para beneficiar, além de refugiados, aos estrangeiros em geral e, em última análise, a todo e qualquer indivíduo em casos de extradição, expulsão, deportação ou devolução a um Estado onde possa estar em risco de ser submetido a tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante (dimensão preventiva).¹⁹⁸

O princípio da não-devolução, nesse sentido, faz parte do Direito Internacional consuetudinário, sendo tratado como norma de *jus cogens*¹⁹⁹, uma vez que inderrogável e indiscutivelmente reconhecido pela comunidade internacional – haja vista, principalmente, a incorporação do princípio em inúmeros instrumentos internacionais. Neste sentido, a consagração do princípio do *non-refoulement* como norma de *jus cogens* implica também em uma limitação à soberania estatal, no que concerne às matérias de extradição, deportação e

In: Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 27.)

¹⁹⁷ Livre tradução da autora: “(...) el contenido normativo del principio del non-refoulement también encontró expresión en tratados de derechos humanos, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (artículo 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 22(8)), y, más recientemente, y de manera categórica, en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (artículo 3).” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., 2003, p. 29.)

¹⁹⁸ Livre tradução da autora: “(...) bajo los tratados de derechos humanos, en beneficio, además de los refugiados, a los extranjeros en general, y, en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un Estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva) (...).” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., 2003, p. 30.)

¹⁹⁹ Tatyana Friedrich, sobre as normas de *jus cogens*, observa que o termo foi previsto expressamente em texto jurídico internacional, pela primeira vez, na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados (CVDT), de modo que o pioneirismo no tratamento do *jus cogens* transformou-a em marco conceitual da matéria. Nesse sentido, em referência ao artigo 58 da Convenção, a autora destaca quatro elementos que albergam a compreensão ampla do instituto: a) norma imperativa; b) norma de direito internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto; c) norma da qual nenhuma derrogação é permitida; d) norma que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza. Quanto ao posicionamento da doutrina sobre a temática, a autora aponta: “Logo após os primeiros trabalhos da CDI sobre direito dos tratados que versam sobre *jus cogens*, assistiu-se a um grande desenvolvimento da doutrina jurídica sobre o assunto, que continua até os dias atuais. Embora tenha havido uma certa resistência no início, a grande maioria dos estudiosos do direito internacional revelou-se favorável ao novo instituto. No entanto, há ainda alguns autores que demonstram ceticismo em relação a *jus cogens*, enquanto outros o negam com veemência.” (FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85.)

expulsão, em detrimento da integridade e do bem-estar da pessoa humana²⁰⁰. No mesmo sentido, observa Chetail:

O princípio do *non-refoulement* dá a prerrogativa soberana e discricionária do asilo, a única norma imperativa que se impõe sobre o Estado. Dada a importância do princípio, o artigo 42 da Convenção proíbe explicitamente os Estados contratantes de formular quaisquer reservas sobre o assunto.²⁰¹

Paralelamente, o paradigma do melhor interesse da criança, conforme observado, tem norteado tratados e convenções internacionais, da mesma forma que tem orientado, em todo o mundo as decisões de Tribunais²⁰². Pereira observa que o princípio tem origem atrelada ao instituto *parens patriae*, utilizado na Inglaterra “*como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria*”²⁰³. Atualmente, a aplicação do princípio do melhor interesse configura um padrão que considera, sobretudo, as necessidades de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais ou responsáveis, devendo realizar-se sempre uma *análise do caso concreto*²⁰⁴. Nesse sentido, salienta Tânia da Silva Pereira:

Cabe, no entanto, um alerta para o perigo de sua aplicação por fundar-se na subjetividade de cada juiz, não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade. Com isso, pode-se concluir que não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o ‘*melhor interesse*’.²⁰⁵

O termo “melhor interesse”, assim, descreve amplamente o bem-estar de uma criança²⁰⁶. Nesse contexto, o bem estar é determinado por uma gama de circunstâncias individuais, a exemplo de fatores como a idade, o nível de maturidade, a presença ou ausência dos pais e o ambiente e experiências da criança²⁰⁷. Assim, sua interpretação e aplicação

²⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., 2003, p. 30.

²⁰¹ Livre tradução da autora: “Le principe du non-refoulement confère à la prérogative souveraine et discrétionnaire de l’asile, la seule norme impérative qui s’impose à l’état. Devant l’importance du principe ainsi consacré, l’article 42 de la Convention interdit expressément aux États contractants de Formuler tout réserves à son égard.” (CHETAIL, Vincent. op. cit., p. 04.)

²⁰² PEREIRA, Tânia da Silva. op. cit., p. 01.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ Ibidem, p. 03.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ ACNUR. **UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child**. Genebra, 2008, p. 14.

²⁰⁷ “Such well-being is determined by a variety of individual circumstances, such as the age, the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child’s environment and experiences.” (ACNUR, op. cit., 2008, p. 14.)

devem se mostrar em conformidade com instrumentos de proteção à criança tanto a nível nacional, quanto internacional²⁰⁸.

Em âmbito internacional, o princípio do melhor interesse da criança encontra-se consagrado no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança: *“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”*. Nesse diapasão, qualquer decisão que envolva o menor deve considerar o que, à luz do caso concreto, melhor convenha à criança: deve atentar, portanto, a elementos como seus desejos e sentimentos – de acordo com sua idade e maturidade –, bem como suas necessidades físicas, emocionais e educativas²⁰⁹. Nesse sentido, *“para decidir o que melhor convenha às crianças, torna-se necessário tentar estabelecer os efeitos prováveis que podem decorrer da decisão a tomar.”*²¹⁰ Tais efeitos, por sua vez, dizem respeito *“quanto à mudança ou manutenção em seu ambiente, deve-se definir o conjunto de circunstâncias pessoais, físicas, morais, familiares, de amor, confiança e educação da criança ou adolescente.”*²¹¹

A Convenção, portanto, determina que o melhor interesse da criança deve ser fator determinante para a tomada de quaisquer ações, notadamente a adoção e a separação de uma criança de seus pais, contra a sua vontade. Precisa, ainda, que o melhor interesse deve ser o primeiro, porém não o único, aspecto a ser levado em consideração no tocante às decisões atinentes à criança, seja em âmbito público ou privado²¹².

²⁰⁸ “Con esta normativa internacional se pretende proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, con base en la visión del interés de los niños, niñas o adolescentes sobre cualquier otro tipo de interés, incluyendo a cualquier sujeto adulto. Dicha Convención ha tenido eco en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo ha expresado en los casos de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú del 8 de julio de 2004, en el caso de las niñas Yean y Bosico vs República Dominicana, de fecha 8 de septiembre de 2005, en el caso de los niños de la Calle vs Guatemala, de fecha 19 de noviembre de 1999, en el caso Bulacio vs Argentina del 18 de septiembre de 2003, en el caso del Instituto de la reeducación del menor vs Paraguay de fecha 2 de septiembre de 2004, y en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-17/02 de fecha 28 de agosto de 2002, la cual indicó que este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y niñas se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas.” (LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio. **Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido.** In: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2015, p. 54.)

²⁰⁹ LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio, op. cit., p. 55.

²¹⁰ Livre tradução da autora: “Para poder decidir lo que más le convenga a los niños y niñas, se hace viable tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar.” (LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio, op. cit., p. 55.)

²¹¹ Livre tradução da autora: “Cuanto al cambio o mantenimiento en su entorno, por lo que se tiene que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor, confianza y educativas de las que el niño, niña o adolescente se va a rodear.” (LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio, op. cit., p. 55.)

²¹² ACNUR, op. cit., 2008, p. 14.

2.2.2 Instrumentos de proteção internacional

Em seu artigo 22²¹³, a Convenção sobre os Direitos da Criança tutela em linhas gerais a criança em situação de refúgio, assim dispondo em sua primeira parte:

Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.

De outro lado, não há na Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados nem em seu Protocolo adicional – tampouco na normativa pátria – disposições específicas concernentes às crianças, de maneira que a mesma definição de refugiado, aplica-se a todos os indivíduos, independentemente de sua idade²¹⁴. Nesse sentido, a guarida à disposição da criança refugiada encontra-se amparada, de modo geral, pela conjugação de ambos os instrumentos – Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo, de 1967. Carecem, por conseguinte, os mecanismos internacionais de dispositivos que tutelem e norteiem o acolhimento à crianças refugiadas que se encontrem desacompanhadas ou separadas.

Ante tal lacuna, em momentos distintos, manifestaram-se o ACNUR, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (em nível regional) e o Comitê dos Direitos das Crianças, elaborando cada qual instrumentos norteadores da temática. Tais ferramentas serão brevemente esquadrihadas, dando-se a elas ênfase quanto às recomendações atinentes aos procedimentos iniciais de solicitação de refúgio por menores desacompanhados e separados.

²¹³ Artigo 22: 1. Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte. 2. Para tanto, os Estados Partes cooperarão, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não-governamentais que cooperem com as Nações Unidas, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada, e de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente convenção.

²¹⁴ ACNUR. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, p. 43.

Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum (1997) - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)

As diretrizes do ACNUR sobre procedimentos que envolvam crianças refugiadas desacompanhadas sublinha que frequentemente, crianças não acompanhadas de seus pais ou responsáveis têm/tiveram pouca ou praticamente nenhuma participação na decisão que as fez migrar, o que lhes aumenta ainda mais sua carga de vulnerabilidade²¹⁵. Nesse sentido, o ACNUR norteia suas estratégias concernentes à proteção e ao cuidado com crianças, a partir, precipuamente, do princípio do melhor interesse da criança.

No que concerne à identificação e às primeiras medidas adotadas quando da chegada de uma criança desacompanhada, *"o próximo curso de ação deve ser o de estabelecer se a criança está realmente procurando refúgio no país. Se isso assim for confirmado, todos os esforços devem ser tomados para processar o exame do seu pedido de forma expedita e tão apropriada (à criança) quanto possível"*.²¹⁶ O ACNUR observa que o registro dessas crianças deve ser feito por meio de entrevistas – a partir das quais se coleta, dentre outros dados, informações sobre o histórico social da criança, idade, informações acerca de seus familiares e circunstâncias em que fora identificada –, e que a designação de um guardião à criança deve ser feita da forma mais rápida possível. Nesse sentido, ainda, deve o guardião dispor de conhecimentos necessários no campo da assistência à infância, de modo a salvaguardar necessidades jurídicas, sociais, médicas e psicológicas durante os procedimentos de determinação do status de refugiado e até que uma solução duradoura seja identificada e implementada.²¹⁷

Nessa toada, observa o ACNUR que, considerando a vulnerabilidade e a necessidade de tratamento e proteção específicos à criança, é essencial que aos pedidos em seu favor sejam dada prioridade, no sentido que tornar possível que a criança receba uma decisão rápida e justa. Nesse sentido, salienta-se que por não ser juridicamente independente, a criança que

²¹⁵ ACNUR. **Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum.** Genebra: UNHCR, 1997, p. 04. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html>> Acesso em: 14 maio 2016.

²¹⁶ Livre tradução da autora: "The next course of action should be to establish whether the child is indeed seeking asylum in the country. If it is confirmed that the child is an asylum seeker, every effort should be made to process the examination of his/her claim as expeditiously and as child-appropriate as possible." (ACNUR, op. cit., 1997. p. 06.)

²¹⁷ Livre tradução da autora: "The guardian or adviser should have the necessary expertise in the field of childcaring, so as to ensure that the interests of the child are safeguarded, and that the child's legal, social, medical and psychological needs are appropriately covered during the refugee status determination procedures and until a durable solution for the child has been identified and implemented." (ACNUR, op. cit., 1997. p. 07.)

procura refúgio deve ser representada por um adulto que conheça seus antecedentes e que promova seus interesses, devendo-se “*essa prática ser aplicada a todas as crianças, incluindo aquelas entre os dezesseis e os dezoito anos, mesmo quando o pedido de refúgio é processado nos termos dos procedimentos normais para adultos*”²¹⁸. Importa notar que as diretrizes, ainda, compreendem standards a serem observados no que diz respeito ao cuidado e acomodação da criança, garantia de direitos básicos como a saúde e a educação, bem como busca por soluções duradouras.

Cumpra mencionar, ainda, que visando complementar seu Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado (1992), em dezembro de 2009, o ACNUR elaborou as “*Guidelines on International Protection: child asylum claims under articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*”, de forma a melhor nortear Estados, operadores do Direito e o próprio ACNUR, na determinação da condição de refugiada da criança, não adentrando, entretanto, de forma específica na temática de crianças refugiadas separadas ou desacompanhadas.

*No âmbito global: Comentário Geral nº 06/2005 do Comitê dos Direitos das Crianças*²¹⁹

O crescente número de crianças refugiadas desacompanhadas, a identificação de consideráveis lacunas de proteção voltada à essas crianças, e a noção de que crianças separadas e desacompanhadas, devido a sua condição de dupla vulnerabilidade, enfrentam maiores riscos de, entre outros, abuso e exploração sexual, recrutamento militar e trabalho forçado, motivou o Comitê a compilar e consolidar standards de proteção²²⁰, dentre outros meios, pelos esforços de monitoramento do órgão. O Comitê reconheceu que crianças são muitas vezes discriminadas e tem negado o acesso a direitos mais fundamentais, tais como

²¹⁸ Livre tradução da autora: “Not being legally independent, an asylum-seeking child should be represented by an adult who is familiar with the child’s background and who would protect his/her interests. Access should also be given to a qualified legal representative. This principle should apply to all children, including those between sixteen and eighteen, even where application for refugee status is processed under the normal procedures for adults.” (ACNUR, op. cit., 1997. p. 12.)

²¹⁹ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, **General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin**, 2005, CRC/GC/2005/6. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>>. Acesso em 29 out. 2015.

²²⁰ “Concerns such as these have led the Committee to frequently raise issues related to unaccompanied and separated children in its concluding observations. This general comment will compile and consolidate standards developed, inter alia, through the Committee’s monitoring efforts and shall thereby provide clear guidance to States on the obligations deriving from the Convention with regard to this particular vulnerable group of children. In applying these standards, States parties must be cognizant of their evolutionary character and therefore recognize that their obligations may develop beyond the standards articulated herein. These standards shall in no way impair further-reaching rights and benefits offered to unaccompanied and separated children under regional human rights instruments or national systems, international and regional refugee law or international humanitarian law.” (COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, op. cit., p. 05.)

alimentação, moradia, saúde e educação, sendo que meninas desacompanhadas ou separadas de suas famílias encontram-se em risco ainda mais particular, já que calcado também em gênero, o que abarca também o perigo de sofrer violência doméstica. Em algumas situações, tais crianças não têm acesso a identificação, registro, documentação e guarda apropriados. Isso quando ainda não são impedidos de cruzar fronteiras e detidos²²¹. Ainda que o mandato do Comitê limite-se à sua função de supervisão à Convenção sobre os Direitos das Crianças, sua interpretação, conforme salientou, deve ser operada em consonância às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo que o Comentário Geral adotou uma abordagem holística concernente à proteção de crianças separadas e desacompanhadas. Nesse diapasão, o Comentário Geral aplica-se a todas as crianças separadas ou desacompanhadas que encontram-se *fora* de seu país de nacionalidade ou residência habitual, a despeito de seu status migratório. Do mesmo modo, as obrigações se aplicam a todas as esferas do poder público (executivo, legislativo e judiciário), que deve manifestá-las seja de forma positiva, seja de forma negativa: *"exigindo aos Estados não apenas que se abstenham de medidas que infrinjam os direitos dessas crianças, mas também que tomem medidas para assegurar o gozo desses direitos sem discriminação"*²²².

O Comitê salientou a importância da aplicação dos princípios da não-discriminação, do melhor interesse da criança, do direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento, do direito de a criança expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos a ela relacionados e do *non-refoulement*. Relativamente ao princípio do melhor interesse, ressaltou que a compreensão do que efetivamente se constitui no melhor interesse de uma criança importa em perscrutada avaliação de elementos tais quais sua nacionalidade, educação, etnia, experiências sociais e linguísticas, vulnerabilidades e necessidades particulares, de forma que as avaliações devem ser realizadas em uma atmosfera amigável e segura, por profissionais qualificados,

²²¹ "The issuing of the general comment is further motivated by the Committee's identification of a number of protection gaps in the treatment of such children, including the following: unaccompanied and separated children face greater risks of, inter alia, sexual exploitation and abuse, military recruitment, child labour (including for their foster families) and detention. They are often discriminated against and denied access to food, shelter, housing, health services and education. Unaccompanied and separated girls are at particular risk of gender-based violence, including domestic violence. In some situations, such children have no access to proper and appropriate identification, registration, age assessment, documentation, family tracing, guardianship systems or legal advice. In many countries, unaccompanied and separated children are routinely denied entry to or detained by border or immigration officials. In other cases they are admitted but are denied access to asylum procedures or their asylum claims are not handled in an age and gender-sensitive manner. Some countries prohibit separated children who are recognized as refugees from applying for family reunification; others permit reunification but impose conditions so restrictive as to make it virtually impossible to achieve. Many such children are granted only temporary status, which ends when they turn 18, and there are few effective return programmes." (Idem.)

²²² Livre tradução da autora: "(...) requiring States not only to refrain from measures infringing on such children's rights, but also to take measures to ensure the enjoyment of these rights without discrimination." (Ibidem, p. 07.)

sensíveis às necessidades e demandas de cada crianças²²³. Ato subsequentes, tais quais a designação de guardiões legais, nessa ótica, devem ser tomados o mais rápido possível²²⁴.

Em resposta às necessidades particulares das crianças, o Comitê sublinhou standards de proteção, dentre outros, relativos aos procedimentos iniciais (de chegada e acolhimento), à designação de um guardião ou tutor legal, à acomodação, ao acesso à educação, ao direito à uma forma digna de vida, ao direito à saúde, à prevenção ao tráfico de menores, ao abuso sexual e à prevenção à privação de liberdade.

Neste sentido, relativamente àqueles procedimentos iniciais (“*initial assessments and measures*”), sublinhou que a identificação da criança quando separada ou desacompanhada de seus responsáveis deve-se dar imediatamente à sua chegada ou, no mínimo, assim que sua chegada se torne conhecida pelas autoridades do país de acolhida²²⁵.

Especificamente à obrigação da designação de um guardião ou representante legal da criança, constante dos artigos 18 (2) e 20 (1)²²⁶ da Convenção sobre os Direitos da Criança, o Comitê ressalta a necessidade da designação de um guardião tão logo a criança desacompanhada ou separada é identificada, sendo tal guarda mantida até que a criança ou atinja a maioridade ou deixe permanentemente o território em que encontra. Nesse sentido, deve o guardião, enquanto profissional qualificado, ser consultado e informado de todas as ações tomadas a respeito da criança sob sua tutela²²⁷.

²²³ A determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child’s identity, including her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs. Consequently, allowing the child access to the territory is a prerequisite to this initial assessment process. The assessment process should be carried out in a friendly and safe atmosphere by qualified professionals who are trained in age and gender-sensitive interviewing techniques. (Ibidem, p. 09.)

²²⁴ “(...) subsequent steps, such as the appointment of a competent guardian as expeditiously as possible, serves as a key procedural safeguard to ensure respect for the best interests of an unaccompanied or separated child. Therefore, such a child should only be referred to asylum or other procedures after the appointment of a guardian. In cases where separated or unaccompanied children are referred to asylum procedures or other administrative or judicial proceedings, they should also be provided with a legal representative in addition to a guardian. (Idem.)

²²⁵ Nesse sentido, ainda, “(...) prompt registration by means of an initial interview conducted in an age-appropriate and gender-sensitive manner, in a language the child understands, by professionally qualified persons to collect biodata and social history to ascertain the identity of the child, including, wherever possible, identity of both parents, other siblings, as well as the citizenship of the child, the siblings and the parents; (iii) In continuation of the registration process, the recording of further information in order to meet the specific needs of the child.” (Ibidem, p. 11.)

²²⁶ Artigo 18 (2) Para garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Partes asseguram uma assistência adequada aos pais e representantes legais da criança no exercício da responsabilidade que lhes cabe de educar a criança e garantem o estabelecimento de instituições, instalações e serviços de assistência à infância; Artigo 20 (1) A criança temporária ou definitivamente privada do seu ambiente familiar ou que, no seu interesse superior, não possa ser deixada em tal ambiente tem direito à proteção e assistência especiais do Estado.

²²⁷ Nesse diapasão, fez constar pelo Comitê: “The guardian should be consulted and informed regarding all actions taken in relation to the child. The guardian should have the authority to be present in all planning and decision-making processes, including immigration and appeal hearings, care arrangements and all efforts to

No bojo do Comentário, o Comitê também fez apontamentos atinentes ao acesso ao procedimento de solicitação de refúgio, garantias legais e direitos, uma vez reconhecida a condição de refugiado. Nesse quesito, importa destacar que, quanto ao procedimento, sublinhou o Comitê: *"As solicitações de refúgio apresentadas por crianças desacompanhadas e separadas devem ser prioritárias e a elas devem ser conferidos esforços para a tomada de uma decisão célere e justa"*²²⁸. Assim, salientou que tais medidas devem ser tomadas levando-se em conta a qualificação e competência da autoridade para tanto designada. Observou, ainda que *"quando a idade e a maturidade da criança o permitam, a oportunidade de uma entrevista pessoal com um funcionário qualificado deve ser concedida antes de qualquer decisão final"*²²⁹.

Ainda, convém mencionar que o Comentário Geral elaborado pelo Comitê, para além de tratar das questões atinentes à reunião familiar, ao retorno e às soluções duradouras²³⁰, chama a atenção da necessidade de que os Estados interpretem a definição de refugiado constante da Convenção de 1951, de forma sensível à idade e gênero dos postulantes, tendo em conta as formas, razões e manifestações próprias suportadas pela criança. Nesse sentido, frisou:

Perseguição de pessoas com quem guardam grau de parentesco; recrutamento de menores; tráfico de crianças para a prostituição; e a exploração sexual ou a submissão à mutilação genital feminina são algumas das formas e manifestações de perseguição específicas da criança que podem justificar a concessão do status de refugiado se tais atos estiverem relacionados com um dos requisitos da Convenção de 1951 sobre os Refugiados.²³¹

search for a durable solution. The guardian or adviser should have the necessary expertise in the field of childcare, so as to ensure that the interests of the child are safeguarded and that the child's legal, social, health, psychological, material and educational needs are appropriately covered by, inter alia, the guardian acting as a link between the child and existing specialist agencies/individuals who provide the continuum of care required by the child. Agencies or individuals whose interests could potentially be in conflict with those of the child's should not be eligible for guardianship. For example, non-related adults whose primary relationship to the child is that of an employer should be excluded from a guardianship role. 34. In the case of a separated child, guardianship should regularly be assigned to the accompanying adult family member or non-primary family caretaker unless there is an indication that it would not be in the best interests of the child to do so, for example, where the accompanying adult has abused the child. In cases where a child is accompanied by a non-family adult or caretaker, suitability for guardianship must be scrutinized more closely. If such a guardian is able and willing to provide day-to-day care, but unable to adequately represent the child's best interests in all spheres and at all levels of the child's life, supplementary measures (such as the appointment of an adviser or legal representative) must be secured." (Ibidem, p. 12.)

²²⁸ Livre tradução da autora: *"Refugee status applications filed by unaccompanied and separated children shall be given priority and every effort should be made to render a decision promptly and fairly."* (Ibidem, p. 20.)

²²⁹ Livre tradução da autora: *"Where the age and maturity of the child permits, the opportunity for a personal interview with a qualified official should be granted before any final decision is made"*. (Ibidem, p. 20.)

²³⁰ Cf. COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, op. cit., p. 22-26.

²³¹ Livre tradução da autora: *"Persecution of kin; under-age recruitment; trafficking of children for prostitution; and sexual exploitation or subjection to female genital mutilation, are some of the child-specific forms and manifestations of persecution which may justify the granting of refugee status if such acts are related to one of the 1951 Refugee Convention grounds."* (Ibidem, p. 21.)

No âmbito regional: Parecer Consultivo 21/2014 da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O parecer foi solicitado em julho de 2011 à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com vistas de que o Tribunal determinasse com maior precisão as obrigações dos Estados atinentes às medidas a serem adotadas a respeito de meninas e meninos, associadas à sua condição migratória, à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da Declaração Interamericana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. A Corte reconheceu a multiplicidade e complexidade de fatores que levam à migração internacional, o que, em se tratando de crianças, enseja uma proteção (internacional) mais detida.

Nesse diapasão, ante tal demanda, através do Parecer Consultivo 21/2014²³², considerando sua jurisprudência consultiva e contenciosa²³³, o Tribunal pontuou que no exercício de sua faculdade de definir políticas migratórias, podem os Estados, desde que em cotejo com as normas de Direitos Humanos estabelecidas na Convenção Americana, estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída do seu território de pessoas que não sejam seus nacionais²³⁴. Em que pese possuam um âmbito de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, sublinhou a Corte, os objetivos perseguidos por tais políticas devem respeitar a necessidade imperiosa de se adotar um enfoque de Direitos Humanos e com *“respeito às necessidades de proteção internacional, assumindo a inter-relação e convergência entre estes diferentes ramos do Direito Internacional”*²³⁵, levando-se ainda em consideração tratar-se a temática de crianças, que ensejam proteção e garantia de seus direitos de forma integral.

²³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-21/2014**, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Direitos e Garantias de Crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> Acesso em 29 out. 2015.

²³³ Nesse sentido: “Em suma, ao dar resposta à presente consulta, a Corte atua em sua condição de tribunal de direitos humanos, guiada pelas normas que governam sua competência consultiva e realiza a análise estritamente jurídica das questões que lhe foram propostas, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo em consideração as fontes de Direito Internacional relevantes. A esse respeito, corresponde precisar que o corpus iuris do Direito Internacional dos Direitos Humanos composto de uma série de regras expressamente estabelecidas em tratados internacionais ou refletidas no Direito Internacional Consuetudinário como prova de uma prática geralmente aceita como Direito, bem como dos princípios gerais de direito e de um conjunto de normas de caráter geral ou de soft law, que servem como guia de interpretação das primeiras, pois dotam de maior precisão os conteúdos mínimos determinados convencionalmente.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 22.)

²³⁴ Ibidem, p. 15.

²³⁵ Ibidem, p. 16.

No bojo do parecer, em suma, o Tribunal reiterou que os Estados, ao elaborar e implementar suas políticas migratórias, devem priorizar um enfoque que leve em consideração os direitos das crianças de forma transversal, sua proteção e seu desenvolvimento integral que devem prevalecer sobre qualquer status migratório²³⁶. Devem os Estados, consoante o parecer, identificar as crianças estrangeiras que necessitam de proteção internacional dentro de suas jurisdições, avaliando assim as condições particulares de cada uma – se se tratam de apátridas ou se estão desacompanhadas, por exemplo.

Reiterou a Corte caber aos Estados garantir que os procedimentos administrativos ou judiciais estejam adaptados às crianças e à elas sejam compatíveis, devendo-se, ainda, tutelar as garantias do devido processo legal em todo o processo migratório. O parecer acentua que os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de menores. Devem, de outro lado *“elaborar e incorporar em seus respectivos ordenamentos internos um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem aplicadas (...) que visem, de forma prioritária a proteção integral dos direitos das crianças (...)”*²³⁷. Importa notar que salientou-se, ainda, o dever do cumprimento do princípio do *non-refoulement* e da observância nos cuidados com alojamento quando necessário.

Nessa perspectiva, a CIDH asseverou ser necessário reconhecer que os elementos da definição de refugiado foram tradicionalmente interpretados a partir das experiências de pessoas adultas. A partir dessa premissa, no que concerne ao direito que as crianças possuem de solicitar e receber refúgio, sublinhou que *“deve-se dar aos elementos da definição uma interpretação que tenha em consideração as formas particulares em que pode se manifestar a perseguição de crianças, tais como o recrutamento, o tráfico e a mutilação genital feminina, assim como o modo em que elas podem experimentar estas situações”*.²³⁸ Nesse sentido, para cumprir com os compromissos internacionais firmados,

os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que requerem proteção internacional dentro de suas jurisdições, seja como refugiado ou de algum outro tipo, através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, com o fim de proporcionar-lhes o tratamento adequado e individualizado que seja necessário através da adoção de medidas de proteção especial.²³⁹

²³⁶ Ibidem. p. 25.

²³⁷ Ibidem. p. 106.

²³⁸ Ibidem. p. 31.

²³⁹ Ibidem. p. 31.

Do mesmo modo, no que concerne à determinação da situação de uma criança desacompanhada ou separada de sua família, é necessário que se proceda em caráter preferencial e de forma célere, tendo em vista sua especial vulnerabilidade²⁴⁰, devendo, nesse caso, atuar o Estado com maior escrutínio²⁴¹.

Quanto às garantias do devido processo aplicáveis em processos migratórios, a Corte sublinhou os seguintes aspectos: (i) o direito de ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no âmbito do processo migratório; (ii) o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado; (iii) o direito da criança a ser ouvida e a participar nas diferentes etapas processuais; (iv) o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; (v) o acesso efetivo à comunicação e assistência consular; (vi) o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante; (vii) o dever de designar um tutor no caso de criança desacompanhada ou separada; (viii) o direito a que a decisão adotada avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; (ix) o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e (x) o prazo razoável de duração do processo.

Sobre estes pontos, talvez caiba aqui ressaltar o direito de a criança ser ouvida, que ganha contornos ainda mais delicados no caso daquelas desacompanhadas. Nesse sentido,

a fim de assegurar efetivamente o direito a ser ouvido, os Estados devem garantir que o processo se desenvolva em um entorno que não seja intimidatório, hostil, insensível ou inadequado à idade da criança e que o pessoal encarregado de receber o relato esteja devidamente capacitado, de modo que a criança se sinta respeitada e segura no momento de expressar sua opinião em um entorno físico, psíquico e emocional adequado.²⁴²

Sobre a temática, importa tecer alguns apontamentos também sobre o prazo razoável de duração do processo até a adoção da decisão final. Relativamente a esse quesito, a CIDH ressalta que “*os procedimentos administrativos ou judiciais que concernem à proteção de*

²⁴⁰ “[...]a Corte ressalta que a situação de criança desacompanhada ou separada as expõe a “diversos riscos que afetam a vida, sobrevivência e desenvolvimento, [como], por exemplo, o tráfico dirigido à exploração sexual ou de outra natureza ou a participação em atividades criminosas das quais pode resultar prejuízo para o menor ou, em casos extremos, a morte”, especialmente nos países ou regiões com presença do crime organizado. Em particular, as crianças desacompanhadas ou separadas de sua família que se encontram fora de seu país de origem são particularmente vulneráveis ao tráfico infantil, à exploração e aos maus-tratos. A Corte reconhece que as crianças podem ser ainda mais vulneráveis a serem vítimas de tráfico, em especial para a exploração sexual e laboral. Por esta razão, é essencial que os Estados adotem todas as medidas necessárias para prevenir e combater o tráfico de pessoas, entre as quais destacam-se todas as medidas de investigação, proteção para as vítimas e campanhas de informação e difusão.” (Ibidem, p. 35.)

²⁴¹ Idem.

²⁴² Ibidem, p. 46.

direitos humanos de crianças ‘devem ser administrados com uma diligência e celeridade excepcionais por parte das autoridades’”²⁴³. Essa celeridade é pertinente porque não apenas “*revela uma necessidade de resguardar e de proteger o interesse superior da criança, mas contribui também para manter a situação de incerteza pelo menor tempo possível, gerando o menor impacto à integridade física, psíquica e emocional da criança.*”²⁴⁴ A duração do procedimento, entretanto, deve estender-se por período suficiente para garantir que a criança seja adequadamente ouvida. Nessa ordem de ideias, a Corte Interamericana sublinhou que “*o Estado é responsável por oferecer proteção e cuidado à criança solicitante de maneira especial durante o tempo que dure a tomada de decisão*”,²⁴⁵ o que implica em assegurar-lhe direitos fundamentais como moradia, alimentação, saúde e educação.

²⁴³ Ibidem. p. 95.

²⁴⁴ Ibidem. p. 50-51.

²⁴⁵ Ibidem. p. 95.

3. O REVÉS DA TUTELA

3.1 IMPOSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DO PEDIDO: A INVERSÃO DO CARÁTER PROTETIVO

When the night came, I don't even know what happened... he just say I should come, he took my hand. I say where am I going? I was thinking he wanted to kill me. He now take me to his home. He said where's my mother? Where's my father? I say I lost my mother and my father is dead. The man forced me inside the boat. I said please sir, I cannot die²⁴⁶.

Maka, 12 anos, refugiado.

O assistente de proteção do ACNUR, Diego Nardi, chamou a atenção para a urgente situação das crianças refugiadas que, enquanto desacompanhadas e separadas, precisam esperar de 02 (dois) a 08 (oito) meses para postular refúgio no Brasil:

As crianças que não têm ninguém são encaminhadas para um abrigo e o responsável pelo abrigo se torna o representante legal e dá o encaminhamento ao processo. No caso das crianças que chegam com um adulto, é necessária uma ação de guarda para ele receber a guarda dessa criança e então dar o procedimento de refúgio. (...) A Polícia Federal, nos últimos anos, tem recusado esse pedido [de refúgio] por essas crianças, que exige um documento comprovando o parentesco ou a guarda deferida por um juiz. Só que esse processo judicial demora. Enquanto isso, a criança não tem documento, ela é invisível para o Estado brasileiro.²⁴⁷

Nessa perspectiva, uma das dificuldades burocráticas verificadas no procedimento de solicitação de refúgio, à revés das normas de proteção internacional da pessoa humana, trata-se da impossibilidade de formalização do pedido por crianças desacompanhadas ou separadas. Em que pese a premente necessidade proteção, como tanto sublinhada pelos instrumentos ora mencionados, às crianças não é autorizado o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio por si mesmas, sob a alegação de que tal ato não pode ser exercido por aqueles que não possuem capacidade plena, à luz das disposições do Código Civil²⁴⁸.

²⁴⁶ Livre tradução da autora: “Quando a noite chegou, eu nem sei o que aconteceu... Ele só me disse que eu deveria ir; ele me deu a mão. Eu perguntei: onde estamos indo? Achei que ele quisesse me matar. Então ele me levou para sua casa. Ele me perguntou, onde está a sua mãe? Onde está o seu pai? Eu disse que perdi a minha mãe e meu pai estava morto. O homem me forçou para dentro do barco. Eu disse, por favor, senhor, eu não posso morrer.” (WHAT happens to a 12 year old refugee lost at sea?. [s.i]: Savethechildren, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lbU71E8FxQc>>. Acesso em: 28 out. 2016.)

²⁴⁷ AGÊNCIA BRASIL. **Burocracia dificulta atendimento a crianças refugiadas desacompanhadas.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-06/burocracia-dificulta-atendimento-criancas-refugiadas>>. Acesso em: 14 maio 2016.

²⁴⁸ SEVERO, Fabiana Galera. **O procedimento de solicitação de refúgio no Brasil à luz da proteção internacional dos Direitos Humanos.** In: Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, 2015, p. 43.

Nesse sentido, convém rememorar as lições introdutórias do Direito Civil, lembrando que quanto à idade, o Direito estabelece dois momentos da existência humana como essenciais para a capacidade de exercício dos atos da vida civil: aos 16 anos e aos 18 anos.²⁴⁹ Até os 16, o Direito brasileiro entende que o ser humano não detém do discernimento necessário para a prática de atos jurídicos²⁵⁰. Portanto, a incapacidade é absoluta e atos por tais sujeitos praticados serão nulos. Dos 16 aos 18 anos²⁵¹, entretanto, “*o direito já lhe reconhece certa maturidade e, conseqüentemente, determinada capacidade para o exercício da vida civil, desde que assistido. A incapacidade é relativa a certos atos.*”²⁵² Finalmente, aos 18 anos, via de regra, torna-se a pessoa plenamente capaz, podendo praticar validamente os atos da vida civil²⁵³.

Assim, entende o ordenamento jurídico brasileiro que aqueles maiores de 16 anos e menores de 18, por já possuírem um certo grau de maturidade, são considerados relativamente incapazes, de forma que, embora o Código Civil não lhes autorize praticar validamente *todos* os atos da vida civil, já lhes reconhece discernimento suficiente para alguns²⁵⁴. A título meramente exemplificativo, pode o relativamente incapaz ser empresário (art. 5, parágrafo único, V, do Código Civil) e trabalhar e pleitear demandas na Justiça do Trabalho.

Para que menores possam alcançar a estatura de solicitantes de refúgio, e desse modo obter documentação apta ao exercício de trabalho formal, é necessária, de acordo com os procedimentos atualmente vigentes, decisão em ação de guarda perante a Justiça²⁵⁵. Ocorre que a demora da tramitação dos feitos na Justiça Estadual para a obtenção da decisão que permite o acesso à solicitação de refúgio, “*não se coaduna com o princípio da proteção inerente ao instituto do refúgio à proteção integral das crianças e dos adolescentes*”²⁵⁶. Nesse contexto, obstado o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio, o menor permanece indocumentado no país, “*tolhido do exercício de seus direitos fundamentais e sociais, como educação e trabalho, e assim relegado à marginalidade e à vulnerabilidade social*”²⁵⁷.

²⁴⁹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 266.

²⁵⁰ Art. 3. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

²⁵¹ Art. 4 São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (...)

²⁵² AMARAL, Francisco, op. cit., p. 266.

²⁵³ Art. 5, *caput*, A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

²⁵⁴ AMARAL, Francisco, op. cit., p. 268.

²⁵⁵ SEVERO, Fabiana Galera, op. cit., p. 43.

²⁵⁶ Idem.

²⁵⁷ Ibidem, p. 44.

A exigência da prévia regularização da guarda ou do suprimento judicial como requisito para a formalização da solicitação de refúgio traduz-se, finalmente, em uma verdadeira mitigação do instituto do refúgio sob o seu viés protetivo, “*contrariando até a essência do princípio do non-refoulement – o qual, se por um lado determina a não devolução do solicitante, a contrario sensu também impõe o reconhecimento da validade da permanência temporária do solicitante no país*”²⁵⁸.

Ora, o mesmo dever de proteção à criança não pode servir de subterfúgio para uma fundamentação às avessas, que, em verdade, lhe nega a proteção²⁵⁹. A premissa para não permitir a concessão do protocolo de refúgio diretamente a crianças é a da prevenção ao tráfico de pessoas. Nesse sentido, ao juízo “*competirá a análise meticulosa da situação daquela criança ou adolescente, de modo a evitar que eventual guarda ou adoção implique verdadeira concretização de tráfico de pessoas*”.²⁶⁰ Conforme observou Severo, em se tratando de crianças e adolescentes refugiados, o processo de guarda ou suprimento judicial ganha contornos ainda mais complexos, se comparados com os mesmos procedimentos em relação a crianças nacionais, já que podem envolver questões como a reunião familiar ou até mesmo a repatriação fora do país.²⁶¹

Se por um lado, essa delonga nos processo de guarda ou suprimento judicial *deve* ser mais detida, já que, impõe esquadrihar e prevenir quaisquer suspeitas de tráfico e exploração de menores, por outro lado, um olhar que visa a contornos efetivos ao melhor interesse da criança “*impõe o seu acesso imediato ao protocolo de solicitação de refúgio, por si próprio, independentemente do desfecho do processo da Justiça Estadual, para que possa permanecer documentado no país e, assim, ter acesso a direitos fundamentais e sociais básicos*”²⁶². Nesse diapasão, “*a documentação, ao contrário de fomentar eventual situação de tráfico, pode ter o condão de preveni-lo.*”²⁶³ No mesmo sentido, critica Severo:

(...) a postura de não aceitar a formalização do pedido de refúgio independentemente de ação de guarda ou suprimento judicial, não encontra qualquer respaldo no respectivo tratado internacional, nem na legislação interna acerca do instituto do refúgio. Não há, pois, qualquer norma legal que imponha o requisito da capacidade

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ “O dever de maior proteção a crianças e adolescentes não pode servir de fundamento para negar a proteção integral e imediata a essas pessoas, principalmente quando estão em maior situação de vulnerabilidade, refugiadas, e ainda desacompanhadas ou separadas de seus familiares.” (SEVERO, Fabiana Galera, op. cit., p. 44.)

²⁶⁰ Ibidem, p. 45.

²⁶¹ Idem.

²⁶² Idem.

²⁶³ Idem.

civil plena como condição de acesso ao referido instituto de proteção de direitos humanos.”²⁶⁴

A exigência brasileira implica, por conseguinte, na obstaculização indevida ao acesso imediato ao procedimento de solicitação de refúgio e ignora a complexidade de uma realidade social que se coloca presente, ainda que de forma (ainda) não tão massiva, no Brasil.

3.1.1 Khosrov: desacompanhado

O primeiro caso proposto para reflexão diz respeito ao mandado de segurança preventivo impetrado no âmbito dos autos n. 0017878-58.2014.403.6100, ante a Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo, por Khosrov Mohamad Saber (16 anos), por intermédio da Defensoria Pública da União no Estado de São Paulo, com pedido de liminar, contra o ato coator do Delegado de Polícia Federal de Controle de Imigração, objetivando liminar que determinasse à autoridade impetrada receber e processar o pedido de Khosrov, a despeito da inexistência do termo de guarda.

O impetrante nasceu no Afeganistão em 05/05/1998 e vivenciou a perseguição de sua família pelo regime Talibã. Da perseguição resultou o assassinato de seu tio e seu pai e o recrutamento forçado de seu irmão às forças armadas extremistas. Nessas circunstâncias, Khosrov, na esperança de obter refúgio, fugiu para o Brasil. Chegando no país, ao solicitar refúgio ante a autoridade policial federal, fora informado de que, para dar início ao procedimento de solicitação de refúgio haveria a necessidade de apresentar, previamente, o termo de guarda, por se tratar de menor não acompanhado.

Assim, em sede de mandado de segurança, o impetrante pleiteou a dispensa de tal condicionante para o processamento do pedido de refúgio, sob o argumento de que o processo judicial de regularização de guarda é demasiadamente longo – chegando a até 03 anos, inclusive –, de forma que, em tal período ficaria em situação de ainda maior vulnerabilidade. No pleito destacou-se, ainda, que a plena capacidade civil não compõe requisito para o pedido de proteção elencado no Estatuto do Refugiado. Em decisão, a liminar foi indeferida.

O juízo entendeu por não haver nos autos demonstração de qualquer ato coator a ensejar a presente impetração, concluindo não haver prova pré-constituída que demonstre possível ilegalidade a ser cometida pela autoridade impetrada, já que considerou a exigência do termo de guarda, no caso, como imposta por lei (art. 4º, I, do Código Civil). Nessa ordem

²⁶⁴ Ibidem, p. 46-47.

de ideias, constou da decisão ser “*necessário que o menor, relativamente incapaz, seja assistido legalmente para exercer atos da vida civil como, no caso em tela, o pedido de refúgio*”. Fundamentando, o magistrado, utilizou-se das normas constantes do artigos 7º e 8º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – segundo os quais, respectivamente, “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família” e “quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre”. Desse modo, silogisticamente concluiu: “*no caso dos autos, o impetrante declarou residência em São Paulo (...), devendo, assim, submeter-se às regras em vigor quanto à capacidade civil.*”²⁶⁵

Nesse sentido, o magistrado registrou as normas constantes dos artigos 1.734 do Código Civil – “*As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei no 8.069/90,*” – e 142 do ECA:

Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

Entendeu o juízo, ante a análise da documentação juntada aos autos por não haver tentativa de requerimento de termo de guarda perante a Justiça Estadual. Inferiu, o magistrado, nesse sentido, tratar-se a alegação de morosidade na tramitação do processo de mera suposição. Nesse sentido, constou:

Destarte, em que pese os argumentos elencados pela Defensoria Pública, entendo que a simples alegação de que ‘o processo judicial de regularização de guarda é demasiado longo, podendo ter a duração de até 3 anos’, não desonera o impetrante da obrigação de obter o documento, já que o termo de guarda é requisito imposto a todos os refugiados menores de idade por força de lei.²⁶⁶

²⁶⁵ BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Decisão nº 8, MS 0017878-58.2014.403.6100. KHOSROV MOHAMAD SABER. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 17 out. 2014, p. 76.

²⁶⁶ Idem.

Em conclusão, colacionou jurisprudência do Tribunal Regional da Primeira Região (TRF1), no sentido de que não compete ao Poder Judiciário alterar a política pública traçada pelos órgãos competentes para a concessão da condição de refugiados:

nem mesmo por questões humanitárias, haja vista não se tratar, nesse caso, de velar pela legalidade dos atos administrativos, senão de substituição da Administração Pública em seu juízo de conveniência e oportunidade no tocante à política de migração nacional, com indubitado potencial lesivo à ordem pública, cujo conceito abrange a ordem administrativa em geral, caracterizada como a normal execução do serviço público ou do exercício das funções administrativas pelas autoridades constituídas²⁶⁷

Com o prosseguimento do feito, em sentença²⁶⁸, reiterou-se o contido da decisão, denegando-se a segurança requerida.

3.1.2 Tony e Jessica: separados

O segundo caso selecionado para reflexão trata-se do mandado de segurança impetrado, no âmbito dos autos n. 0021813-09.2014.403.6100, ante a Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo, pelos irmãos Tony Okondji Mongengo (17 anos) e Jessica Okondji Mongengo (16 anos), por intermédio da Defensoria Pública da União no Estado de São Paulo, com pedido de liminar, contra o ato coator do Delegado de Polícia Federal de Controle de Imigração, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada que receba e processe o pedido de solicitação de refúgio dos impetrantes, em que pese a inexistência de termo de guarda.

Os impetrantes, nacionais da República Democrática do Congo (RDC), menores de idade, ingressaram no Brasil no início do ano de 2014 com sua tia Marlene Ditutala Okondji, que, por conta do abandono e desaparecimento dos pais de Tony e Jessica, já exercia o dever de cuidado dos menores na RDC. Em razão da situação de conflito armado interno por que passa a República Democrática do Congo, deixaram os impetrantes, acompanhados de sua tia, o país, com vistas a encontrar acolhimento e refúgio no Brasil.

Já em território nacional, os três apresentaram requerimento de solicitação de refúgio perante a Superintendência da Polícia Federal em São Paulo. Na ocasião, entretanto, somente

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 523. Relator: Des. Fed. MÁRIO CÉSAR RIBEIRO. **E-djfl**. Brasília, 11 jan. 2013.

²⁶⁸ BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Sentença nº 54, MS 0017878-58.2014.403.6100. KHOSROV MOHAMAD SABER. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 29 jul. 2015.

o pedido apresentado pela tia, Marlene, foi recepcionado pelo órgão. Os pedidos apresentados pelos impetrantes não foram recebidos pela autoridade impetrada, sob o fundamento de que *“tal requerimento não pode ser apresentado por quem não possua capacidade plena, e que a guarda de fato, exercida pela tia dos impetrantes, deveria primeiramente ser regularizada perante a Justiça Estadual para, então, ser formalizado o pedido de refúgio”*²⁶⁹. Em decisão, a liminar foi indeferida.

Em fundamentação para o indeferimento da liminar, a Juíza Federal Substituta da 1ª Vara Federal de São Paulo, aludiu aos dispositivos normativos constantes dos artigos 5º, caput²⁷⁰, e 227²⁷¹ da Constituição Federal, reiterando, em um primeiro momento, os direitos e garantias fundamentais inerentes à condição de pessoa humana e a garantia de proteção especial à criança, cujo dever, dispõe o texto constitucional, compete à família, à sociedade e ao Estado. Na sequência, aludiu também ao artigo 95, do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), segundo o qual *“o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis”*. Finalmente, a magistrada indicou, como critério decisório, os artigos 1º, 2º, 7º e 48 constantes da Lei do Refúgio (Lei nº 9.474/97). Nesse sentido, pontuou: *a) os critérios de elegibilidade para a concessão do status de refugiado (art. 1º); b) a extensão dos efeitos da eventual declaração do status de refugiada de uma pessoa a seu cônjuge, ascendente, descendente e demais membros do grupo familiar que dela dependerem economicamente e que se encontrem em território brasileiro (art. 2º); c) a possibilidade de o estrangeiro que chega ao território nacional de expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira (art. 7º); e d) a interpretação dos dispositivos da Lei em consonância com os instrumentos de proteção internacional à pessoa humana – Declaração Universal de 1948, Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e demais instrumentos de proteção de Direitos Humanos com os quais o Estado brasileiro tenha firmado compromisso (art. 48).*

²⁶⁹ BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Decisão nº 4, MS 0021813-09.2014.4.03.6100. TONY OKONDJI MONGENGO e outro. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 21 jan. 2015.p. 01.

²⁷⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

²⁷¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse diapasão, entendeu a magistrada que conforme previsto no artigo 2º da Lei do Refúgio, a condição de refugiado estende-se aos demais membros do grupo familiar do postulante de refúgio que dele dependam economicamente. Entretanto, no caso analisado, tal situação – de dependência econômica –, concebeu a juíza, não teria sido comprovada pelos impetrantes, de forma que, na falta dos progenitores ou tutores legais ou habituais, tal condição é aferida mediante o instituto da guarda, nos termos do artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Nessa ordem de ideias, sustentou a juíza que

(...) percebe-se, ao contrário do sustentado pelos impetrantes, que a Lei nº 9.474/97 não concede aos descendentes ou aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependam economicamente, o reconhecimento direto do refúgio, mas sim estende tal benefício aos referidos sujeitos de direito. E, para que referida extensão possa ser aplicada, é necessário que seja reconhecida a condição de dependente do refugiado e, no caso dos impetrantes, tal condição somente será reconhecida por meio de processo de concessão de guarda.²⁷²

Em decisão, pautou-se, ainda, nas recomendações sublinhadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito do Parecer Consultivo nº 21/2014, particularmente naquelas constantes dos parágrafos 132 a 136, que, de forma geral, sublinham a necessidade de designação de um tutor qualificado como garantia processual fundamental para assegurar o interesse superior da criança, colocando-a como um dever do Estado de acolhida, e destacam não poder ser designada pessoa cujos interesses e desígnios conflitem com aqueles da criança²⁷³.

²⁷² BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Decisão nº 4, MS 0021813-09.2014.4.03.6100. TONY OKONDJI MONGENGO e outro. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 21 jan. 2015, p. 02.

²⁷³ Quais sejam: “132. Adicionalmente, em casos de crianças desacompanhadas ou separadas de sua família, o Comitê dos Direitos da Criança afirmou que a designação de um tutor competente o mais rápido possível constitui uma garantia processual importantíssima para garantir o interesse superior das mesmas. A Corte considera necessário reiterar que os processos administrativos ou judiciais que envolvam crianças desacompanhadas ou separadas de suas famílias não poderão ser iniciados até que tenha sido nomeado um tutor. Especificamente, a fim de garantir eficazmente o direito à liberdade pessoal, o acesso rápido e gratuito à assistência jurídica e de outra natureza, bem como para defender seus interesses e assegurar seu bem estar.133. Com efeito, os Estados têm o dever de designar, assim que possível, um tutor para as crianças identificadas como desacompanhadas ou separadas de sua família, mesmo nas regiões de fronteira, e mantê-las sob sua tutela até que cheguem à maioridade, em geral aos 18 anos de idade; até que abandonem permanentemente o território ou a

Partindo de tais pressupostos normativos, a magistrada entendeu não ser possível iniciar os procedimentos administrativos para a solicitação do pedido de refúgio “*até que se tenha nomeado um responsável legal pelos menores e, no caso, tal nomeação se dá pelo pedido de guarda a ser processado perante a Justiça Estadual*”²⁷⁴. Nesse sentido, salientou ser necessário considerar

os riscos de que esta criança possa estar em terras brasileiras contra sua vontade ou sem o conhecimento e aquiescência da própria família, sendo ainda necessária a verificação pelo Poder Judiciário, da veracidade do alegado pelo menor, garantindo-se de que não seja ele vítima de crimes como tráfico de pessoas, sequestro internacional ou outros delitos.²⁷⁵

Com o prosseguimento do feito, em sentença²⁷⁶, o juízo, em face da ausência de preliminares, passando à análise do mérito, observou que “*após a decisão que indeferiu a liminar, não houve a ocorrência de nenhum fato que pudesse conduzir à modificação do entendimento então perfilhado*”, de forma que reiterou-se o contido na referida decisão, denegando-se a segurança requerida.

3.2 REFLEXÕES PARA UMA EFETIVA PROTEÇÃO

*Je pense beaucoup à mes parents et je suis malheureuse car je suis seule.
Cela fait un an et demi que je suis ici et je n'ai pas beaucoup d'espoir.*

jurisdição do Estado; ou, se for o caso, até que desapareça a causa pela qual foi designado o tutor. O tutor deverá conhecer suficientemente os interesses e a situação da criança, e estar autorizado a assisti-la em todos os procedimentos de planejamento e adoção de decisões, incluindo o comparecimento perante os serviços de imigração e órgãos de recurso, os procedimentos voltados a definir a atenção à criança e a buscar uma solução duradoura.¹³⁴. Deverá, ademais, possuir os conhecimentos especializados necessários para a atenção à infância, com o fim de garantir que se vele pelo interesse superior da criança. Por outro lado, o tutor deve funcionar como um vínculo entre a criança e os organismos pertinentes com o fim de assegurar que as necessidades da criança em matéria jurídica, social, educativa, sanitária, psicológica e material sejam satisfeitas.¹³⁵. Quando se trata de criança desacompanhada, não poderão exercer a função de tutor os organismos ou indivíduos cujos interesses possam entrar em conflito com os da criança. No caso de uma criança separada de sua família, “normalmente será nomeado tutor o familiar adulto que a acompanhe ou quem lhe dispense cuidados sem ser familiar direto, salvo que existam indícios de que esse arranjo não beneficiará o menor, por exemplo, quando este tenha sido maltratado pelo adulto acompanhante”.¹³⁶. Como corolário do anterior, é necessário que os Estados criem mecanismos que permitam avaliar o exercício da tutoria, a fim de que o interesse superior da criança esteja devidamente representado durante todo o processo de adoção de decisões e, em particular, os maus tratos sejam prevenidos.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 48.)

²⁷⁴ BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Decisão nº 4, MS 0021813-09.2014.4.03.6100. TONY OKONDJI MONGENGO e outro. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 21 jan. 2015.p. 04.

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Sentença nº 10, MS 0021813-09.2014.4.03.6100. TONY OKONDJI MONGENGO e outro. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 23 fev. 2015.p. 1/56.

*Mais un jour j'espère que je serai capable de subvenir à mes besoins et à ceux de mes parents*²⁷⁷.

Rigat, idade não informada, refugiada eritrea.

Ante todo o panorama apresentado e os casos relatados, inadmissível é furtar-se a inquietações. Duas são, nesse sentido, as reflexões aqui lançadas. Primeiro, no que concerne ao pleito de Khosrov, preso aos silogismos da normativa pátria, o magistrado sequer se atentou para o parâmetro de proteção internacional da pessoa humana. Em suas manifestações, tampouco cogitou a aplicação do princípio do melhor interesse da criança. Aliás, se seu melhor interesse não fora objeto de ponderação, ressalte-se, do mesmo modo, também não foi a própria criança. Segundo, no pleito de Tony e Jéssica, percebe-se que o grande guarda-chuva da proteção da criança fora contraditoriamente manejado em dois sentidos: para pedir a liminar e para negá-la, o que, conseqüentemente, acaba por esvaziar o conteúdo de um parâmetro tão caro e valioso à salvaguarda da criança. Em não atentar-se para as necessidades reais do caso concreto, deixou-se de ouvir e enxergar os impetrantes.

Assentado se mostra o entendimento de que é garantia especial do devido processo legal que toda a criança postulante de refúgio disponha da assistência por um guardião ou representante legal, desde o início do procedimento de solicitação de refúgio e em cada uma de suas etapas²⁷⁸. Também se mostra já firmado que, no caso de uma criança desacompanhada, ou separada de sua família, assume o Estado de acolhida as obrigações especiais para sua guarida. Essa tutela, a seu turno, em se fazendo presente, deve mostrar-se de qualidade, de forma a atender as necessidades especiais do menor. Nesse sentido, impõe-se que seja pensada e posta em prática à luz do melhor interesse da criança, dando-se, assim, conforme dispõe o aludido artigo 12 da CDC, ao menor a oportunidade de ser ouvido. Nessa ordem de ideias, conforme pontuou o Comitê sobre os Direitos das Crianças, a designação de um guardião competente, da forma mais rápida possível, é uma garantia processual fundamental para o respeito ao melhor interesse da criança desacompanhada ou separada de sua família²⁷⁹. Nesse sentido, também entende a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal como sublinhado em seu parecer consultivo.

Observam Filardi, Dubisnki e Mendos que a intervenção de um tutor ou representante legal desde o início do procedimento de solicitação refúgio visa evitar que a criança tenha que

²⁷⁷ Livre tradução da autora: “*Eu penso muito em meus pais e estou triste porque estou sozinha. Estou aqui há um ano e meio e não tenho muita esperança. Mas eu espero que um dia eu seja capaz de trazer sustento a mim e aos meus pais.*” ETHIOPIE: Tout seuls. [s.i]: Unhcr, 2011. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=i9KnLimrQkc>>. Acesso em: 28 out. 2016.

²⁷⁸ FILARDI, Marcos Ezequiel; DUBINSKY, Karina; MENDOS, Lucas Ramón. op. cit., p. 233.

²⁷⁹ COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, op. cit., p. 12.

valer-se de qualquer outro auxiliar em seu peticionamento, ou ainda, mais gravemente, permaneça à mercê de organizações de tráfico de pessoas²⁸⁰. Ainda, pontua-se que a designação de um guardião mostra-se essencial para que evite-se que a criança se veja obrigada a relatar suas experiências, na maioria dos casos, traumáticas, em condições inadequadas²⁸¹. Assim, através da nomeação rápida de um tutor ou representante legal – com autoridade para agir o desde o início do processo – cumprem os Estados com a garantia de que a criança não tenha que recorrer a métodos alternativos a fim de formalizar o seu pedido²⁸².

Não há que se questionar, por óbvio, a necessidade e a importância que traz a designação de um tutor à criança refugiada que se encontra desacompanhada ou separada. Não se contrapõe, tampouco, que tal procedimento reafirma a observância do princípio do melhor interesse da criança.

O que se observa, pois, é que a designação de guarda, como *fator condicionante* do pedido de solicitação de refúgio, por menor desacompanhado ou separado, a revés do que se pretende, não se mostra consoante ao melhor interesse da criança refugiada. Isso porque, o acesso imediato ao protocolo de solicitação de refúgio, a despeito do desfecho do processo na Justiça Estadual, permite que a criança permaneça documentada no país, e tenha, assim, seus direitos mais básicos garantidos.

Verifica-se, por conseguinte, que ao contrário do que se almeja, o ordenamento jurídico se mostra inflexível à voz da criança e do adolescente. Entende-se que a necessidade de designação de um tutor ou guardião à criança não acompanhada figura como questão prejudicial. Nesse sentido, depreende-se da prática brasileira, que, resolvê-la, implica, por si só, em garantir o melhor interesse da criança. Em tese.

Deve-se cuidar, afinal, para que o princípio reitor da proteção à criança não seja tão somente aplicado aprioristicamente. Nesse sentido, pois, conforme salientado, a aplicação do melhor interesse implica, tal como preceituam-se os instrumentos de proteção internacional ora mencionados, em medida a ser tomada à luz da análise do caso concreto, considerando-se,

²⁸⁰ FILARDI, Marcos Ezequiel; DUBINSKY, Karina; MENDOS, Lucas Ramón. op. cit., p. 238.

²⁸¹ Nesse sentido: “La intervención de un tutor o representante legal desde el inicio mismo del procedimiento procura, de manera inmediata, evitar que todo niño, niña o adolescente: a) tenga que valerse de cualquier otro solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado para asesorarse sobre su petición; b) quede a merced de organizaciones de tráfico o trata de personas, cuyos miembros directamente suscriban por él cualquier documento; c) si no sabe leer y/o escribir, tenga que declarar ante un oficial que se desempeñe en la órbita de la autoridad de aplicación correspondiente para que complete por él los datos que le fueran requeridos; d) sea notificado de sus derechos y obligaciones sin la presencia de su representante legal y e) se vea obligado a relatar su experiencia traumática en condiciones inadecuadas.” FILARDI, Marcos Ezequiel; DUBINSKY, Karina; MENDOS, Lucas Ramón. op. cit., p. 238.

²⁸² Idem.

naquilo que *efetivamente* melhor convenha à criança, seus desejos e sentimentos – de acordo com sua idade e maturidade –, bem como suas necessidades físicas, emocionais e educativas.²⁸³ É medida determinada, nesse sentido, por circunstâncias individuais.

Ora, através de uma proteção às avessas, permite-se que a incapacidade, nos casos supra-mencionados, inclusive, relativa, torne a criança um não sujeito de direitos, invisível, portanto. Esse revés da tutela tem o nefasto efeito de colocar os solicitantes de refúgio em situação de extrema vulnerabilidade social, já que acabam por permanecer por longos períodos indocumentados – tolhidos, por conseguinte, do exercício de direitos fundamentais e sociais –, tornando-os suscetíveis às mais diversas formas de exploração, o que, *per se*, também implica em violação de Direitos Humanos no contexto da proteção internacional da pessoa humana²⁸⁴.

Uma efetiva proteção dos refugiados demanda, cada vez mais, uma interpretação internacionalista, à luz da proteção global dos Direitos Humanos²⁸⁵. Nesse sentido, o desafio que se estabelece hoje diz respeito a como incorporar preceitos de Direitos Humanos, internacionalmente estabelecidos, ao direito interno²⁸⁶. No que diz respeito ao Direito Internacional dos Refugiados, a despeito dos dispositivos constantes da Lei do Refúgio, na prática, *“há consideráveis discrepâncias entre o procedimento de solicitação de refúgio adotado no Brasil e os compromissos assumidos internacionalmente, ensejando clara violação aos direitos humanos”*²⁸⁷.

Nesse sentido, tal como sublinha Severo, é indispensável que, *“para além das declarações de direitos, no plano internacional, e na internacionalização por leis nacionais, a solução interna dos impasses vivenciados diariamente na aplicação de institutos de direitos humanos seja dada por meio da interpretação internacional”*²⁸⁸. A efetiva proteção internacional dos Direitos Humanos, desse modo, compulsa que sejam sanados entraves migratórios, os quais trazem em seu bojo inequívoca diminuição do empoderamento das pessoas²⁸⁹.

Ante o crescente e significativo percentual de solicitações de refúgio por crianças separadas ou desacompanhadas de um responsável legal, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, juntamente a Cáritas Arquidiocesana e ao ACNUR, realizou no mês de Junho

²⁸³ LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio, op. cit., p. 55.

²⁸⁴ SEVERO, Fabiana Galera. op. cit., p. 38.

²⁸⁵ Ibidem, p. 37.

²⁸⁶ Idem.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ Ibidem, p. 38.

²⁸⁹ Ibidem, p. 55.

de 2016, em sua sede, no centro da capital carioca, um debate sobre a situação das crianças e adolescentes refugiados no Brasil. No âmbito do evento, intercedeu o representante da Cáritas, Fabrício Toledo: “(...) *Precisamos encontrar uma solução para a falta de protocolo imediato para crianças não acompanhadas dos pais, ou seja, precisamos assegurar a elas acesso aos procedimentos de refúgio e também a uma rede de apoio institucional*”²⁹⁰. Dentre os desafios enfrentados pelo Estado brasileiro para o acolhimento desses menores, ressaltou-se no evento a necessidade de capacitação de profissionais envolvidos nos processos de solicitação de refúgio e a criação de postos humanizados nos aeroportos internacionais²⁹¹.

O compromisso assumido pelas instituições participantes do seminário foi firmado e divulgado em carta pública assinada, por meio da qual se listou ações voltadas à solução dos problemas enfrentados para a regularização dos menores refugiados que chegam ao país. Dentre outras medidas, a carta pública prevê o acesso à documentação básica que identifique crianças e adolescentes refugiados, o acesso à solicitação de refúgio mesmo para os desacompanhados ou sem comprovação de filiação e independentemente de ato judicial e o acesso aos programas de transferência de renda e aos serviços de saúde, educação, assistência e outros.²⁹²

²⁹⁰ ANADEP. **RJ:** Defensoria Pública atuará na proteção de crianças refugiadas. Disponível em: <<http://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=28515>>. Acesso em: 18 set. 2016.

²⁹¹ SEQUEIRA, Renata. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro realiza debate sobre a situação das crianças e adolescentes refugiados no Brasil**. Governo do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo;jsessionid=0899C46EE60ECD0EC169B200146C65C0.lportal2?p_p_id=exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ&p_p_lifecycle=0&refererPlid=11702&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_struts_action=/ext/exibeconteudo/rss&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_groupId=132962&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_articleId=2863047>. Acesso em: 19 set. 2016.

²⁹² Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Crianças se deslocam internacionalmente por motivos que podem se sobrepor, muitas vezes para fugir de seu país, porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos Direitos Humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Sua própria condição de vulnerabilidade, *per se*, pode ensejar a perseguição e o deslocamento forçado. Nesse sentido, não raro, crianças são obrigadas a fugir de seu país de origem ou residência habitual para esquivar-se de situações de exploração e tráfico infantil. Apesar de frequentemente migrarem na companhia de seus pais ou outros adultos, hodiernamente, um número crescente e alarmante de crianças migra de forma independente. Migram solitárias.

Compreendendo que a situação em que uma criança refugiada chega sozinha ao país onde almeja encontrar refúgio é limítrofe, pois demanda do Direito a percepção da criança enquanto criança – e, portanto, sujeito de direitos – o trabalho se propôs a examinar a construção do sujeito criança e seu reflexo na apreensão pela ciência jurídica, a fim de interrogar a prática brasileira no procedimento de solicitação de refúgio por menores desacompanhados e separados.

O fez, nesse sentido, a partir das lentes da concepção contemporânea de Direitos Humanos, onde o gérmen do arcabouço de proteção às pessoas refugiadas é localizado. Nesse sentido, observou-se que tal concepção introduzida pela Declaração Universal de 1948, foi resultado de uma internacionalização dos Direitos Humanos e humanização do Direito Internacional, tendo sua origem no Pós-Guerra, como reflexo às atrocidades da Era Hitler. Consagrou-se, nesse contexto, paralelamente aos sistemas regionais, o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, com a ideia de que os Direitos Humanos, enquanto direitos históricos e em constante processo de construção e reconstrução, são universais e inerentes à condição de pessoa, afirmando-se as premissas da universalidade e da indivisibilidade. Salientou-se, nesse viés, estar ultrapassada a noção clássica que radicalmente segmenta as três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana. A partir das lições de Cançado Trindade, reiterou-se localizar a temática no plano doutrinário a partir da complementariedade entre as três searas, já que têm como escopo a salvaguarda do ser humano.

Desse ponto de partida, examinou-se o semblante da proteção institucionalizada do refúgio aos níveis internacional e nacional. Destacou-se, nesse sentido, as diretrizes estabelecidas pela Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, pelo

Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados, de 1967 e, em âmbito regional, pela Declaração de Cartagena, de 1984. A reflexo desses instrumentos, esquadrinhou-se a lei do Refúgio brasileira (lei n. 9.474/1997), para então delinear as distinções conceituais fundamentais entre os institutos do asilo e do refúgio no contexto nacional.

Perquirida a situação do refúgio no âmbito jurídico, passou-se, finalmente, a análise do sujeito que em tal condição se encontra, a criança. Buscou-se compreender, afinal, o lugar da infância nesse mundo. Pelas lições de Ariés, observou-se que por muito tempo desconhecia-se a infância ou, pelo menos, tentava-se não representá-la, sendo que sua “descoberta” somente se desenvolveu a partir do fim do século XVI e durante o século XVII. O mesmo deu-se no campo da Sociologia, para qual o conceito de infância é, relativamente recente, remontando ao século XVIII. Nesse sentido, tão somente no século XX, a sociologia, a partir da construção de um novo paradigma, enfatiza a noção de crianças enquanto agentes ativos e criadores, capazes de trazer significação em suas relações com adultos e outras crianças.

Esse respaldo nas Ciências Sociais se mostrou profícuo para compreender a apreensão tardia da infância pelo Direito, o qual até meados da década de 1930, lhe direcionava seus olhares a partir das lentes da criminalização. Pontuou-se a inauguração, no plano internacional com a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e no plano interno, com Constituição Federal 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), de um novo paradigma inspirado pela concepção da criança como verdadeiro sujeito de direito, consagrando a imperiosidade em assegurar a prevalência e primazia do interesse superior da criança.

Nessa ordem de ideias, sublinhou-se que pensar na proteção a ser garantida na prática do acolhimento à criança refugiada, implica em uma conjugação e articulação de dois princípios fundamentais, reitores, cada qual de sua temática particular: o *non-refoulement* (norteador do regime de proteção dos refugiados) e o melhor interesse da criança (regente da guarda da criança). Após o exame desse arcabouço principiológico, analisou-se as ferramentas elaboradas pelo ACNUR, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (em nível regional) e pelo Comitê dos Direitos das Crianças, para a proteção da criança refugiada desacompanhada ou separada. Nesse sentido, respectivamente, a partir das Diretrizes do ACNUR (de 1997), do Comentário Geral nº 06/2005 do Comitê dos Direitos das Crianças e do Parecer Consultivo 21/2014 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Buscou-se delinear, sobretudo, as recomendações atinentes aos procedimentos iniciais de solicitação de refúgio por menores desacompanhados e separados.

Exposto o Direito, passou-se ao exame da prática. À revés das normas de proteção internacional da pessoa humana, uma das dificuldades burocráticas verificadas no

procedimento de solicitação de refúgio, se traduz na impossibilidade de formalização do pedido por crianças desacompanhadas ou separadas: às crianças não é autorizado o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio por si mesmas, sob a alegação de que tal ato não pode ser exercido por aqueles que não possuem capacidade plena, à luz das disposições do Código Civil . O manejo desse óbice foi ilustrado em dois casos judicializados: um concernente a menor desacompanhado – Khosrov –, outro à menores separados – Tony e Jéssica.

De todo o exposto, o trabalho buscou trazer à luz reflexões acerca da proteção *efetiva*, que não se basta tão somente nas entrelinhas dos instrumentos de proteção, especialmente quando se está a tratar de sujeitos em situação de extrema vulnerabilidade. Nesse sentido, a partir do desafio posto pela prática brasileira, sugeriu-se que a designação de guarda, como fator condicionante do pedido de solicitação de refúgio por menor desacompanhado ou separado, não se mostra consoante ao melhor interesse da criança refugiada, já que a tolhe, ainda que temporariamente, de seus direitos fundamentais quando as deixa indocumentadas no país. Nesse processo, não se verifica, casuisticamente, o real interesse da criança. Não se escuta, em verdade, a criança. Quer proteger, desprotegendo.

REFERÊNCIAS

A PERIGOSA viagem de barco até à Grécia vista pelos olhos de uma rapariga refugiada síria. [s.i]: Unicef Portugal, 2015. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=R7qRKGVyhLI>>. Acesso em: 29 out. 2016.

ACNUR. **Briefing Note::** Unaccompanied and Separated Children in Europe. [s.i]: Unhcr, 2016. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/ngo-consultations/ngo-consultations-2016/Europe-Bureau-Briefing-Note.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016

_____. **Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum.** Genebra: UNHCR, 1997. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html>> Acesso em: 14 maio 2016.

_____. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado:** de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra.

_____. **Note on international protection.** [s.i.]: Un High Commissioner For Refugees (unhcr), 2015. Disponível em: <<http://www.refworld.org/type,UNHCRNOTES,,,55c1dacf4,0.html>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. **Refugee Children:** Guidelines on Protection and Care, Genebra, 1994.

_____. **Self-Study Module 1:** An Introduction to International Protection. Genebra, 2005. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4214cb4f2.html>> Acesso em 06 mar 2016.

_____. **UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child.** Genebra, 2008

_____. **UNHCR Resettlement Handbook:** division of International Protection. Genebra, 2011. Disponível em <<http://www.unhcr.org/46f7c0ee2.html>>. Acesso em 06 mar 2016.

AGÊNCIA BRASIL. **Burocracia dificulta atendimento a crianças refugiadas desacompanhadas.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-06/burocracia-dificulta-atendimento-criancas-refugiadas>>. Acesso em: 14 maio 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANADEP. **RJ:** Defensoria Pública atuará na proteção de crianças refugiadas. Disponível em: <<http://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=28515>>. Acesso em: 18 set. 2016.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Infância e da Família.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

BHABHA, Jacqueline. **Child Migration e Human Rights in a Global Age**. Princeton: Princeton University Press, 2014.

BENHABIB, Seyla. **The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção Sobre Os Direitos das Crianças**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 23 mai. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> 15 mai. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Lex**. Brasília, 22 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

BRASIL. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Decisão nº 4, MS 0021813-09.2014.4.03.6100. TONY OKONDJI MONGENGO e outro. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 21 jan. 2015.

_____. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Decisão nº 8, MS 0017878-58.2014.4.03.6100. KHOSROV MOHAMAD SABER. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 17 out. 2014.

_____. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Sentença nº 10, MS 0021813-09.2014.4.03.6100. TONY OKONDJI MONGENGO e outro. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 23 fev. 2015.

_____. Justiça Federal de Primeiro Grau de São Paulo. Sentença nº 54, MS 0017878-58.2014.4.03.6100. KHOSROV MOHAMAD SABER. DELEGADO DA DELEGACIA DE POLICIA DE IMIGRACAO - DELEMIG-SAO PAULO. **Diário Eletrônico**. São Paulo, 29 jul. 2015.

_____. Tribunal Regional da Primeira Região. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 523. Relator: Des. Fed. MÁRIO CÉSAR RIBEIRO. **E-djfl**. Brasília, 11 jan. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, PEYTRINET, Gérard, RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados**. San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal**. In: Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

_____. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volumes I e II. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

CHETAIL, Vincent. **Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international**. In: HCR (délégation pour la France); INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME. La Convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au Statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives. Bruylant, 2001.

CRIANÇAS sírias explicam a guerra. [s.i]: Bbc Brasil, 2016. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ex2CfjmOvQU>>. Acesso em: 02 out. 2016.

COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, **General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin**, 2005, CRC/GC/2005/6. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>>. Acesso em 29 out. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 6. Edição. São Paulo, Saraiva, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-21/2014**, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Direitos e Garantias de Crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> Acesso em 29 out. 2015.

DERRIDA, Jacques. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade**. São Paulo: Escuta, 2003

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins. **A Migração Haitiana recente para o Brasil: bases teóricas e instrumentos políticos-jurídicos**. In: Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.4. n. 8, jul./dez., 2015, p. 97-110.

GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins; KRAMER, Josiane Caldas. **Universidade e Hospitalidade: uma introdução ou mais um esforço**. In: GEDIEL, José Antônio Peres, GODOY, Gabriel Gualano de. Refúgio e Hospitalidade. Kairós Edições, Curitiba, 2016, p. 21-35.

GODOY, Gabriel Gualano de. **Asilo e hospitalidade: sujeitos, política e ética do encontro**. 2016. 298 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila; BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. **A visibilidade dos invisíveis e os princípios de proteção aos refugiados: notas sobre os acontecimentos recentes**. In: GEDIEL, José Antônio Peres, GODOY, Gabriel Gualano de. *Refúgio e Hospitalidade*. Kairós Edições, Curitiba, 2016.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ILARDI, Marcos Ezequiel; DUBINSKY, Karina; MENDOS, Lucas Ramón. **El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias**. In: LETTIERI, Martín (ed). *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamerica*. Buenos Aires: EDUNLa Cooperativa - Universidad Nacional de Lanús, 2012.

JAMES, Adam. e PROUT, Alan. **Constructing and Reconstructing Childhood: Contemporary Issues in the Sociology of Childhood**, 2nd Edition London and Philadelphia: Falmer Press, 1997.

JENKS, Chris. **Childhood**. Londres: Routledge, 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico**. São Paulo: Método, 2007.

LEE, Nick. **The Challenge of Childhood: distributions of childhood's ambiguity in adult institutions**. In: *Childhood*, vol. 6 no. 4, 1999.

LEITE, Larissa. **O devido processo legal para refúgio no Brasil**. 2014. 362 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio. **Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido**. In: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 2015.

MOREIRA, Júlia Bertino. **Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil**. In: *Revista Brasileira de Política Internacional* 53 (1), 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed., São Paulo: Saraiva. 2010.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Os Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes no Direito Internacional e no Direito Interno**. In: Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

PITA, Agni Castro. **Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados**. In: GEDIEL, José Antônio Peres, GODOY, Gabriel Gualano de. Refúgio e Hospitalidade. Kairós Edições, Curitiba, 2016, p. 05-16.

PRIORE, Mary Del (org.). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo. Contexto: 2002.

PROUT, Alan. **Taking a Step Away from Modernity**: reconsidering the new sociology of childhood. Global Studies of Childhood, Volume 1 Number 1: 2011

RÁDIO ONU. **Unicef pede proteção para crianças desacompanhadas em busca de refúgio**. Disponível em: <<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/2016/05/unicef-pede-protecao-para-criancas-desacompanhadas-em-busca-de-refugio/#.WCKibPkrI2x>>. Acesso em: 16 set. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Asilo e Refúgio**: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto e ALMEIDA, Guilherme Assis de. 60 anos de ACNUR. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. P. 15-44.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campo; FERREIRA, Ana Teresa Hedler. **Crianças migrantes desacompanhadas nas Américas**: a base jurídica da Corte Interamericana e o estudo de casos do Brasil e dos EUA. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). Migrações, deslocamentos e direitos humanos. Brasília: IBDC, 2015.

SAMIR, an unaccompanied minor in The Jungle, Calais. [s.i]: Médecins Sans Frontières, 2016. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=B7IrOjbkrnw>>. Acesso em: 25 out. 2016.

SCARANO, Julita. **Criança esquecida das Minas Gerais**. In: PRIORE, Mary Del (org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo. Contexto: 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma visão multicultural dos direitos humanos**. In: Contexto Internacional, vol. 1, n. 1, Rio de Janeiro: Contexto, 2001.

SIJAD, 12 ans: ma vie seul dans la "jungle" de Calais. [s.i]: Unicef France, 2016. Son., color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bKJPfE7YfCk>>. Acesso em: 28 out. 2016.

THERBORN, Goran. **Child Politics: Dimensions and Perspectives.** *In: Childhood.* SAGE Publications, Londres, Thousand Oaks and New Delhi, 1996.

REUTERS. **Infância perdida:** Quase 96 mil crianças desacompanhadas procuraram asilo na UE em 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2016/07/08/refugiados-menores-de-ida_n_10885826.html>. Acesso em: 14 maio 2016.

SEQUEIRA, Renata. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro realiza debate sobre a situação das crianças e adolescentes refugiados no Brasil.** Governo do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo;jsessionid=0899C46EE60ECD0EC169B200146C65C0.lportal2?p_p_id=exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ&p_p_lifecycle=0&refererPli d=11702&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_struts_action=/ext/exibeconteudo/rss&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_groupId=132962&_exibeconteudo_INSTANCE_2wXQ_articleId=2863047>. Acesso em: 19 set. 2016.

SEVERO, Fabiana Galera. **O procedimento de solicitação de refúgio no Brasil à luz da proteção internacional dos Direitos Humanos.** *In: Revista da Defensoria Pública da União,* Brasília, 2015.

WHAT happens to a 12 year old refugee lost at sea?. [s.i]: Savethechildren, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=lbU71E8FxQc>>. Acesso em: 28 out. 2016.

YAHOO NOTÍCIAS. **Crianças migrantes desaparecidas na Itália caíam no tráfico e na prostituição.** Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/criancas-migrantes-desaparecidas-italia-cairiam-trafico-prostituição-233141499.html?soc_src=social-shesoc_trk=fb>. Acesso em: 15 maio 2016.